Interzessionsformen in England und ihre kollisionsrechtliche Behandlung

Eine rechtsvergleichende Untersuchung
unter Berücksichtigung des deutschen Rechts

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der

Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Thomas Klötzel
aus Igersheim

1986
top-service, Stuttgart

Interzessionsformen in England und ihre kollisionsrechtliche Behandlung

Eine rechtsvergleichende Untersuchung
unter Berücksichtigung des deutschen Rechts

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der

Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Thomas Klötzel
aus Igersheim

1987
top-service, Stuttgart

Dekan: Professor Dr. Wolfgang Graf Vitzthum
1. Berichterstatter Professor Dr. Dietrich Rothoeft
2. Berichterstatter Professor Dr. Robert Scheyhing

Tag der mündlichen Prüfung: 2. Dezember 1986

Meinen Eltern

und

meiner Frau

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543903_0014

VORWORT

Die vorliegende Arbeit wurde angeregt durch ein Seminar aus Internationalem Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen im Wintersemester 1980/81. Heute, fast fünf Jahre nach der ersten Beschäftigung mit diesem Rechtsgebiet, freue ich mich, meine Dissertation in dieser komplexen Rechtsmaterie abgeschlossen zu haben.

Dies ist vor allem das Verdienst meines verehrten Lehrers, Herrn Professor Dr. D. Rothoeft, der nicht nur mein Interesse für das englische Recht geweckt hat, sondern mir immer wieder mit Rat zur Seite stand und mich ermuntert hat, diese Arbeit zu einem Ende zu bringen. Ihm gilt mein besonderer Dank.

Danken möchte ich auch der Reinhold-und-Maria-Teufel-Stiftung, Tuttlingen, die eine meiner Studienreisen nach England finanziell unterstützt hat sowie der Deutsch-Britischen Juristenvereinigung e.V., die den Druck meiner Dissertation gefördert hat.

Meine tiefe Dankbarkeit möchte ich auch meiner Mutter, Frau Ruth Klötzel, aussprechen, die mir bei der Herstellung des Manuskripts eine unschätzbare Hilfe war.

Dettenhausen, im Dezember 1985

Thomas Klötzel

GLIEDERUNG

Vorwort

Entscheidungsverzeichnis I - V

Literaturverzeichnis VI - XII

Abkürzungsverzeichnis XII - XV

Interzessionsformen in England und ihre kollisionsrechtliche Behandlung
Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter Berücksichtigung des deutschen Rechts

A. Einführung 1

I. Der Begriff der Interzession 1

II. Ziel und Gang der Arbeit 2

B. Die Interzessionsformen in England 4

I. Contract of Suretyship 5

1. Zustandekommen des Vertrages 7

a) Parteien der guarantee 7

b) Das agreement 9

c) Die consideration 11

aa) Einzelfälle 13
bb) Past consideration 15
cc) Amalgamated Investment & Property Co. Ltd. v. Texas Commerce International Bank Ltd. 16

2. Die Form des Vertrages 21

a) Anforderungen an das den surety verpflichtende Dokument 23

b) Ausnahmen von der Formbedürftigkeit 24

aa) Property Cases 26
bb) Del-credere Cases 26
cc) Abgrenzungsfragen 28
dd) Sonstige Ausnahmen 31

3. Das Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und surety 32

a) Aufklärungspflichten des Gläubigers 32

aa) Allgemeine Aufklärungspflichten 32
bb) Undue Influence 36

b) Die Hauptpflicht des surety 42

c) Die Voraussetzungen der Inanspruchnahme des surety 43

d) Verknüpfungen zwischen der Hauptschuld und dem contract of guarantee 49

aa) Nichtentstehen oder Wegfall der Hauptschuld 49
bb) Ultra-vires-Fälle 50
cc) Die Minderjährigkeit des Hauptschuldners 52
dd) Gesetzeswidrigkeit der Hauptschuld 55
ee) Verjährung der Hauptschuld 59
ff) Schadensersatzforderungen des Hauptschuldners aus dem Hauptschuldverhältnis 60
gg) Aufrechnungslagen 63
hh) Anfechtbarkeit oder Beendigungsmöglichkeiten des Hauptschuldverhältnisses 66
ii) Beendigung des Hauptschuldverhältnisses 67

e) Beendigung der guarantee 69

aa) Nachträgliches Einwirken auf das Hauptschuldverhältnis 69
bb) Verwertung und Aufgabe von Sicherheiten 76

f) Sonderrechte des surety 80

g) Subrogation 84

4. Das Rechtsverhältnis zwischen surety und Hauptschuldner 86

a) Nach der Inanspruchnahme 86

aa) Vertraglicher Rückforderungsanspruch 86
bb) Außervertraglicher Rückforderungsanspruch 89

b) Vor der Inanspruchnahme 92

II. Contract of Indemnity 94

1. Rechtsnatur 94

a) Formorientierte Abgrenzung 95

b) Verknüpfungsorientierte Abgrenzung 96

2. Das Rechtsverhältnis zwischen indemnifier und Gläubiger 98

3. Rechtsverhältnis zwischen indemnifier und Hauptschuldner 102

4. Performance Bond 102

III. Novation 103

IV. Solidary Obligations 104

1. Anfängliche solidary obligation 105

2. Nachträgliche solidary obligation 106

C. Die kollisionsrechtliche Behandlung der Interzessionsformen 108

I. Fremdes Recht als Tatsache im Prozeß 108

II. Proper Law of Contract 111

III. Die Interzessionsformen 118

1. Contract of Guarantee 118

a) Closest and most real connection 119

b) Das Hauptschuldverhältnis als Vorfrage zur guarantee 123

c) Der Regreß des surety 124

d) Statute of Frauds 1677 128

2. Contract of Indemnity 131

3. Novation 131

4. Solidary Obligation 132

D. Rechtsvergleichende Zusammenfassung 133

I. Die Interzessionsformen 133

1. Bürgschaft und guarantee 134

a) Causa und consideration 134

b) § 766 BGB und s. 4 Statute of Frauds 1677 135

c) Aufklärungspflichten 136

d) Akzessiorität und co-extensiveness-principle 137

e) Spezielle Rechtsbehelfe 138

f) Die Regreßlagen 139

2. Garantievertrag und contract of indemnity 140

3. Schuldbeitritt und joint and several obligation 143

4. Schuldübernahme und novation 145

II. Die kollisionsrechtliche Behandlung der Interzessionsformen 146

1. Allgemeine Grundsätze 146

2. Bürgschaft und guarantee 151

a) Formfragen 152

b) Regreß 153

3. Garantie und indemnity 154

4. Schuldbeitritt und indemnity 154

5. Schuldübernahme und novation 154

6. Die Risikotheorie 155

Fußnoten

Teil A 1

Teil B ..... 2 - 19

Teil C ..... 20 - 25

Teil D ..... 25 - 30

Lebenslauf

Alexander v.Vane (1836) 150 E.R. Ex. 537 ff. 87,88
Allan v. Houlden (1843) 6 Beav. 148 ff. 66
Amalgamated Investment & Pty. Co.Ltd.v.Texas Commerce International Bank Ltd. [1981] 2 W.L.R. 554ff., bestätigt [1981] 3 W.L.R. 565ff. 9,16ff.,20,118
Amin Rasheed Shipping Co. v. Kuwait Insurance Co. [1983] 2 All E.R. 884ff. 113,116,117
Anderson-Berry, Re [1927] All E.R.Rep. 143ff. 93
Andrabell Ltd., Re [1984] 3 All E.R. 407ff. 77
Anson v. Anson [1953] 1 All E.R. 867ff. 86,87
Archer v. Hudson (1844) 49 E.R.R.C. 1180ff. bestätigt 15 L.J.Ch. 211ff. 37
Argo Caribbean Group Ltd. v. Lewis [1976] 2 Lloyd's Rep. 289ff. 87,88
Ascherson v. Tredegar Dock Co. [1908-10] All E.R.Rep. 510ff. 92
Assunzione, The [1954] 1 All E.R. 278ff. 117
Astley Industrial Trust Ltd. v. Grimston Electric Tools (1965) 109 (1) S.J. 149 15

Bache & Co. (London) Ltd. v. Banque Vernes et Commerciales de Paris [1973] 2 Lloyd's Rep. 437f. 46
Bailey v. Edwards (1864) 122 E.R.K.B. 645ff. 71
Bank of Montreal v. Munster Bank (1876) 11 I.R.C.L. 47ff. 23
Bank of Montreal v. Stuart (1910) 103 L.T. 641ff. 38
Bank of N.S.W. v. Rogers (1941) 45. C.L.R. 42ff. 37,38,40
Barclay v. Prospect Mortgage Ltd. [1974] 1 W.L.R. 837ff. 57,58,59
Barclay's Bank Ltd. v. Thienel (1978) 122 S.J. 472 79,80
Barrell v. Trusell (1811) 128 E.R.C.P. 273ff. 13
Bateson v. Gosling (1871) L.R. 7 C.P. 9ff. 71/74
Bechervaise v. Lewis (1872) L.R. 7 C.P. 372ff. 63,64,65
Bentworth Finance Ltd. v. Lubert [1967] 2 All E.R. 810ff. 100
Birkmeyr v. Darnell (1704) 91 E.R.K.B. 27 21,24,25,95
Boissevain v. Weil [1949] 1 All E.R. 146ff. 112
Bolton v. Salmon [1891] 2 Ch. 48ff. 73
Bonar v. Macdonald (1850) 10 E.R.H.L. 87ff. 69
Bradford Old Bank v. Sutcliffe [1918] 2 K.B. 833ff. 45,75,76,104
Brikom Investment Ltd. v. Carr [1979] 2 All E.R. 753ff. 20
Brook's Wharf v. Goodman Brothers [1936] 1 All E.R. 258ff., bestätigt [1936] 3 All E.R. 696ff. 89,90
Brown v. Blaine (1884) 1 T.L.R. 158f. 55
Browning v. Stallard (1814) 128 E.R.C.P. 764 104
Burnes v. Trade Credits Ltd. [1981] 1 W.L.R. 805ff. 74
Butcher v. Steuart (1843) 152 E.R.Ex. 1052ff. 15

Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co. [1891-94] All E.R.Rep. 127ff. 10
Carter v. White [1881-5] All E.R.Rep. 921ff. 59,76,77
Caton v. Caton (1867) 2 H.L. 127ff. 24
Cellulose Products Pty. Ltd. v. Truda and others (1970) 92 W.N. (N.S.W.) 561ff. 61,62,64,66
Central London Property Trust Ltd. v. High Trees House Ltd. [1956] 1 All E.R. 256ff. 18,70
Chandler v. Webster [1904] 1 K.B. 493ff. 101
Chatterton v. MacLean [1951] 1 All E.R. 761ff. 85
Chetwynd's Estate, Re [1936] 3 All E.R. 254ff., bestätigt [1937] 3 All E.R. 530ff. 87,88
Coast Lines Ltd. v. Huding & Veder Chartering N.V. [1972] 1 All E.R. 451ff. 116
Cole v. Lynn [1941] 3 All E.R. 502ff. 75

Conley, Re [1938] 2 All E.R. 127ff. 5
Colorado, The [1923] All E.R.Rep. 531ff. 110
Combe v. Combe [1951] 1 All E.R. 767ff. 20
Commercial Bank of Tasmania v. Jones [1893] A.C. 313ff. 75
Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. v. Compagnie d'Armement Maritime S.A. [1962] 3 All E.R. 589ff., aufgehoben H.L. [1970] 3 All E.R. 71ff. 115, 116
Compania Sudamericana De Fletes v. African Continental Bank Ltd. [1973] 1 Lloyd's Rep. 21ff. 65
Coneys v. Morris [1922] 1 Ir.R. 81ff. 88
Cooper v. National Provincial Bank [1945] 2 All E.R. 641ff. 35
Coutts & Co. v. Browne-Lecky [1946] 2 All E.R. 207ff. 53,54,97,98
Couturier v. Hastie [1843-60] All E.R.Rep. 280ff. 26,27
Cragoe v. Jones (1873) L.R. 8 Ex. 81ff. 74,75
Craythorne v. Swinburne [1803-13] All E.R. Rep. 181ff. 81,84
Crears v. Hunter (1887) 19 Q.B.D. 341ff. 14
Currie v. Misa (1875) L.R. 10 Ex. 153ff. 12

Davys v. Buswell [1913] 2 K.B. 47ff. 29,30
De la Rosa v. Trieto (1864) 143 E.R.C.P. 1253ff. 55
Debtor, Re a [1911-13] All E.R.Rep. 659f. 71
Debtor, Re a [1937] 1 All E.R. 1ff. 86
Denton's Estate, Re [1904] 2 Ch. 178ff. 23
Dering v. Earl of Winchelsa [1775-1802] All E.R.Rep. 140ff. 76
Duncan Fox & Co. v. North Wales Bank (1880) 6 App.Cas. 1ff. 7,48,84
Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. Selfridge [1914-15] All E.R.Rep. 333ff. 12

Eastern Counties Building Society v. Russel [1947] 1 All E.R. 500ff., bestätigt [1947] 2 All E.R. 734ff. 32
Eastwood v. Kenyon [1835-42] All E.R.Rep. 133ff. 13
Edward Owen Engineering Ltd. v. Barclays Bank International Ltd. [1978] 1 All E.R. 976ff. 102,120,121
Edwards v. Jevons (1849) 137 E.R.C.P. 579ff. 15
Egbert v. National Crown Bank [1918] A.C. 903ff. 11,73
Eldridge and Morris v. Taylor [1931] All E.R.Rep. 542ff. 57
Eshelby v. Federated European Bank [1931] All E.R.Rep. 840ff. 45,46,49
Evans v. Bremridge [1843-60] All E.R. Rep. 170ff. 44

Felton v. Callis [1968] 3 W.L.R. 951ff. 94
Fehmarn, The [1958] 1 All E.R. 333ff. 113
Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd. [1942] 2 All E.R. 122ff. 101
First National Bank of Chicago Ltd. v. Moorgate Properties Ltd. and others The Times October 20th 1975 67
Fitzgerald v. Dressler (1859) 141 E.R.C.P. 861ff. 26,28
Forbes v. Jackson [1881-5] All E.R.Rep. 863ff. 78,84
Fraser v. Pape (1904) 91 L.T. 340f. 22

Garrard v. James [1925] 1 Ch. 616ff. 51,52,56
General Produce Co. v. United Bank Ltd. [1979] 2 Lloyd's Rep.255ff. .. 48
Goldshede v. Swan (1847) 154 E.R.Ex. 65ff. 19
Goodman v. Chase (1818) 106 E.R.K.B. 110ff. 104
Goodwin v. National Bank of Australia (1968) 117 C.L.R. 173ff. 35
Goulston Discount Co. Ltd. v. Clark [1967] 1 All E.R. 61ff. 99

Greaves, Re (1827) 148 E.R.Ex. 1466a 31
Greer v. Kettle [1938] A.C. 156ff. 44,46
Guild & Co. v. Conrad [1894] 2 Q.B. 885ff. 95,96

Haigh v. Kaye (1872) L.R. 7 Ch. 469ff. 31
Hamilton v. Watson (1845) 8 E.R.H.L. 1339ff. 33
Harburg India Rubber Co.v. Martin [1902] 1 K.B. 778ff. 25,27,28,29,30, 96,142,144
Harris v. Venables (1872) L.R. 7 Ex. 235ff. 15
Hawkshaw v. Parkins [1814-23] All E.R.Rep. 268f. 69
Heald v. O'Connor [1971] 1 W.L.R. 497ff. 97,98
Holl v. Hadley (1835) 111 E.R.K.B. 292ff. 44
Home v. Brunskill (1877) 3 Q.B.D. 495ff. 72,73,107
Holmes v. Mitchel (1859) 141 E.R.C.P. 856ff. 23
Hoyle, Re [1893] 1 Ch. 84ff. 21
Hurst v. Stith Equipment Co. 210 S.E.2nd 851ff. 62
Hyundai Heavy Industries Co. Ltd. v. Papadopoulos [1980] 1 W.L.R. 1129ff. 65
Hyundai Shipbuilding & Heavy Industries Co. Ltd. v. Pournaras [1978] 2 Lloyd's Rep. 502ff. 65

Inche Noriah v. Shaik Allie Bin Omar [1928] All E.R.Rep.189ff. 36

James Graham & Co. (Timber) Ltd. v. Southgate Sands and others [1985] 2 All E.R. 344ff. 44,45
James Miller and Partners v. Whitworth Street Estates (Manchester) Ltd. [1970] 1 All E.R. 796ff. 115,116
Johnston v. Nicholls (1845) 135 E.R.C.P. 535ff. 14
Jowitt v. Callaghan (1938) 38 S.R. (N.S.W.) 512ff. 68

Kearsley v. Cole (1846) 153 E.R.Ex. 1128ff. 71

L.Lucas Ltd. v. Export Credits Guarantee Departement [1974] 1 W.L.R. 909ff. 85
Lakeman v. Mountstephen (1874) L.R. 7 H.L. 17ff. 23,24,25,95,142,144
Lane, Ex. parte (1846) 7 L.T.O.S. 118 106
Latchford v. Beirne [1981] 3 All E.R. 705ff. 79
Laythoarp v. Bryant (1836) 132 E.R.C.P. 283ff. 21
Lazard Bros. & Co. v. Midland Bank Ltd. [1932] All E.R.Rep. 571ff. 109
Lee v. Jones (1864) 144 E.R.C.P. 194ff. 33
Leroux v. Brown (1852) 138 E.R.C.P. 1119ff. 21,128,129
Letang v. Cooper [1964] 2 All E.R. 929ff. 20
Lipkin Gorman (a firm) v. Cass (1985) The Times,May 29th 1985 94
Lincoln v. Wright (1859) 45 E.R.Ch. 6ff. 31
Lloyd's Bank Ltd. v. Bundy [1974] 3 All E.R. 757ff. 38,39,40
London General Omnibus Co. v. Holloway [1911-13] All E.R.Rep. 518ff. 33,34,35
Lord Churchill, Re (1888) 39 Ch.D. 174ff. 85
Lougher v. Molyneux [1916-17] All E.R.Rep. 1076ff. 55
Lucas v. Dixon (1889) 22 Q.B.D. 357ff. 24

Mackenzie v. Royal Bank of Canada [1934] 151 L.T. 486ff. 38
Maddison v. Alderson [1881-5] All E.R. Rep. 742ff. 21
Mahant Singh v. U Ba Yi [1939] A.C. 601ff. 56,59,71
Miles v. New Zealand Alford Estate Co. (1886) 32 Ch.D.266ff. 21

/ IV

Moorgate Mercantile Co. Ltd. v. Twitchings [1975] 3 W.L.R. 286ff., aus anderen Gründen aufgehoben vom H.L. in [1976] 2 All E.R. 641ff. 18
Morell v. Cowan (1877) 7 Ch.D. 151 14
Moschi v. Lep Air Services Ltd. C.A. [1971] 3 All E.R.45ff., H.L. [1972] 2 All E.R. 393ff. 5,12,42,43,68,76
Moule v. Garrett [1861-73] All E.R.Rep. 135ff. 89
Mount Albert Borough Council v. Australasian Temperance and General Mutual Life Assurance Society Ltd. [1937] 4 All E.R. 206ff. 117
Mutual Loan Fund Association v. Sudlow (1858) 141 E.R.C.P.183 78

National Bank of Nigeria Ltd. v. Awolesi [1964] 1 W.L.R.1311ff. 74
National Westminster Bank plc.v. Morgan (1985) N.L.J. Law Reports 254ff. 40,41
North British Insurance Co.v. Lloyd (1854) 156 E.R.Ex.545ff. ... 32

O'Hara v. Allied Irish Bank (1984) The Times 7th February 1984 36
Offord v. Davies [1861-73] All E.R.Rep. 868ff. 11,49
Offshore International S.A. v. Banco Central [1977] 1 W.L.R.399 121,122
Oldershaw v. King (1857) 157 E.R.Ex. 213ff. 14
Overend Gurney & Co. v. Oriental Financial Corp. [1874-80] All E.R.Rep. 1269ff. 8,70
Owen v. Tate [1975] 2 All E.R. 129ff. 90,91,140

Parkasho v. Singh [1967] 1 All E.R. 737ff. 109
Pearl v. Deacon (1857) 53 E.R.R.C. 328ff. 78,84
Perry v. National Provincial Bank [1910] 1 Ch. 464ff. 68,71
Petty v. Cooke (1871) L.R. 6 Q.B. 790ff. 70
Polak v. Everett [1874-80] All E.R.Rep. 991ff. 70
Power Curber International Ltd. v. National Bank of Kuwait S.A.K. [1981] 1 W.L.R. 1233ff. 122
Provincial Bank of Ireland Ltd. v. Donnell [1934] N.I. 33ff. 9,15,20

R. v. International Trustee for the Protection of Bondholders Akt. [1937] 2 All E.R. 164ff. 111
Rainbow v. Juggins (1880) 5 Q.B.D. 422ff. 77,78
Rees v. Berrington (1795) 30 E.R.Ch. 765ff. 69,81
Robinson v. Bland [1558-1774] All E.R.Rep. 177ff. 111
Rodriguez v. Parker [1966] 2 All E.R. 349ff. 22
Rouquette v. Overmann [1874-80] All E.R.Rep. 501ff. 119,120
Rouse v. Bradford Banking Co. [1894] A.C. 586ff. 8
Russian Commercial and Industrial Bank v. Le Comptoir D'Esompte de Mulhouse [1924] All E.R.Rep. 381ff. 110

Salisbury-Jones, Re [1938] 3 All E.R. 459ff. 136
Samuel v. Howarth (1817) 36 E.R. Ch. 105ff. 69
Sanderson v. Aston (1873) L.R. 8 Exch. 73ff. 73
Scarf v. Jardine [1881-5] All E.R.Rep. 651ff. 103
Simpson v. Penton (1834) 149 E.R.Ex. 828ff. 87
Smith v. Wood [1929] 1 Ch. 14ff. 77
Solicitor, Re a (1900) 45S.J. 104 31

Stadium Finance & Co. Ltd. v. Helm (1965) 109 (1) S.J.471..... 54
Standard Chartered Bank v. Walker [1982] 3 All E.R. 938ff..... 68,79,80,138
Stewart v. M'Kean (1855) 156 E.R.Ex. 610ff. 73
Sutton & Co. v. Grey [1894] 1 Q.B. 285ff. 27,28
Swan v. Bank of Scotland (1836) 6 E.R.H.L. 231ff. 55

Taylor v. Bank of N.S.W. (1886) 11 App.Cas. 596ff. 78
Temperance Loan Fund Ltd. v. Rouse [1932] All E.R.Rep.690ff. 57,59
Thomas v. Notts. Incorporated Football Club [1972]
1 All E.R. 1176ff. 92,93
Turnbull & Co. v. Duval (1902) 87 L.T. 154ff 38
Tzortzis v. Monark Line A/B [1968] 1 All E.R. 949ff. 113

Ulster Bank Ltd. v. Lambe [1966] N.I. 161ff. 85
United Dominions Trust (Commercial) Ltd. v. Eagle Aircraft
[1968] 1 W.L.R. 74ff. 9,47
United Railways of the Havana and Regla Warehouses Ltd.,
Re C.A. [1959] 1 All E.R. 214ff.; H.L. [1960]
2 All E.R. 332ff. 117,131,132
Unity Finance Ltd. v. Woodcock [1963] 2 All E.R. 270ff. 99

V.S.H. Ltd. v. B.K.S. Air Transport Ltd. and Stevens [1964]
1 Lloyd's Rep. 460ff. 31
Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co.Ltd. [1939]
1 All E.R. 513ff. 112,117

Walker v. British Guarantee Association (1852) 118 E.R.K.B.104 50
Walker v. Taylor (1834) 172 E.R.N.P. 1448f. 26
Walton v. Cook (1888) 40 Ch.D. 325ff. 50
Ward v. National Bank of New Zealand (1883) 8 App.Cas.755ff. 78
Watt v. Mortlock [1963] 1 All E.R. 388ff. 92
Wauthier v. Wilson (1912) 28 R.L.R. 239f. 52,53,97
Whitcher v. Hall (1826) 108 E.R.K.B. 101ff. 73
Wigan v. English and Scottish Law Life Assurance Association
[1908-10] All E.R.Rep. 449ff. 15
Williams v. Leper (1766) 97 E.R.K.B. 1152ff. 26
Wilson v. Mitchell [1939] 2 All E.R. 869ff. 60,61
Wolmershausen v. Gullick [1891-4] All E.R.Rep. 740ff. 82
Wright v. Simpson (1802) 31 E.R.Ch. 1272ff. 43,81
Wulff v. Jay (1872) 27 L.T. 118ff. 79
Wyke v. Rogers (1852) 21 L.J.Ch. 611ff. 71

Yeoman Credit Ltd. v. Latter [1961] 2 All E.R. 294ff..... 95,96,97,98
Yorkshire Railway Wagon Co. v. Maclure (1881) 19 Ch.D.478ff. 51,53

LITERATURVERZEICHNIS

Anson's	Law of Contract, 24th ed. London 1975 by Guest, A.G.
Becker, Walter G.	Gegenopfer und Opferverwehrung 1958
Bernstein, Herbert	Garantie und guarantee in FS für Imre Zajtay, Tübingen 1982
Birks, Peter Beatson, Jack	Unrequested Payment of Another's debt in 92 (1976) L.Q.R. 188ff.
Brox, Hans	Allgemeines Schuldrecht 11. Auflage, 1983
Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes	- Band II, 4. Teil §§ 631-811, 12. Aufl.1978 - Band VI, Internationales Privatrecht, 1. Teilband 1981
Bullen/Leake/Jacob's	Precedents of Pleadings, 12th. ed. London 1975 by Jacob, I.H.
Caemmerer, Ernst v.	Bankgarantien im Außenhandel in FS für Otto Riese 1964, 295ff.
Carter, P.B.	The Foreign Limitations Periods Act 1984 in 101 (1985) L.Q.R. 68ff.
Charlesworth's	Mercantile Law 14th. ed. 1984 by Schmitthoff, Clive M. und Sarre, David A.G.
Cheshire and Fifoot's	Law of Contract 10th. ed. 1981 by Furmston M.P.
Chitty	On Contracts, 25th ed. 1983 - Vol. 1 General Principles - Vol. 2 Specific Contracts
Cohn, E.J.	Validity of guarantees for debts of Minors in 10 (1946) M.L.R. 40ff.
Colyar, Henry Anselm de	A Treatise on The Law of Guarantee and Principal and Surety, 3rd ed. 1897
Cornish, W.R.	Interveners and Unjust Enrichment in 38 (1975) M.L.R. 563ff.
Curti, Arthur	Englands Zivilprozeß, Berlin 1928
Encyclopaedia of Banking Law, Volume 1	Issue 2 (guarantees) Oct. 1982 by Blair, W.J.L. Issue O (contract bonds and guarantees) Mar. 1982 by Cresswell, P.J.
The Encyclopaedia of Forms and Precedents other than court forms	Vol. 9, 4th ed. 1968
Enneccerus, Ludwig	Recht der Schuldverhältnisse, 2. Band, 15. Bearbeitung von Lehmann, Heinrich Tübingen 1958

Erman, Walter	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band, 7. Auflage 1981
Esser, Josef	Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts Tübingen 1956
Esser, Josef Weyers, Hans Leo	- Schuldrecht Band I, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 1984 - Schuldrecht Band II, Besonderer Teil, 6. Auflage 1984
Firsching, Hans	Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (IPR-VertragÜ) vom 11.6.1980 in IPrax 1981, 37ff.
Fitz-Herbert, Anthony	The New Natura Brevium, Vol. I, 9th ed. London 1794
Frankenstein, Ernst	Internationales Privatrecht, 2. Band 1929
Furmston, M.P.	Infants' Contracts - La Nouvelle Vague in 24 (1961) M.L.R. 644ff.
Gierke, Otto	Schuld und Haftung in Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte Band 100, 1910
Gierke, Otto	Schuldnachfolge und Haftung in FS für Ferdinand von Martitz 1911, 33ff.
Girtanner, Wilhelm	Die Bürgschaft nach gemeinem Zivilrechte, 1850
Giuliano, Mario Lagarde, Paul	Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl. (EG) 1980, Nr.C 282/1
Glück, D. Christian Friedrich	Pandekten, 1. Abteilung, Teil 14, 1813
Goff, Robert Gareth, Jones	The Law of Restitution London 1966
Goode, R.M.	Commercial Law, London 1982
Goode, R.M.	Consumer Credit Legislation, Vol. I, Issue No. 9, March 1982
Goode, R.M.	Introduction to the Consumer Credit Act 1974
Goode, R.M.	Legal Problems of Credit and Security, London 1982
Goode, R.M.	The Consumer Credit Act - A Students Guide, London 1979
Graveson, Ronald H.	Conflict of Laws, 4th ed. London 1974
Gutteridge, H.C. Lipstein, K.	Conflicts of Law in matters of unjustifiable enrichment in 7 (1939-1941) Camb. L.J. 80ff
Gutzwiller, Max	Deutsches Internationalprivatrecht in RabelsZ 6 (1932), 74ff.

Haas, Elsa de Hall, G.D.G.	Early Register of Writs, London 1970, Vol. 87, The Selden Society
Hadding, Walter Häuser, Franz Welter, Reinhard	Bürgschaft und Garantie in Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band 3, 1983
Halsbury's	Laws of England, 4th ed. - Vol. 3 1973 - Vol. 7 1974 - Vol. 8 1974 - Vol. 16 1976 - Vol. 17 1976 - Vol. 20 1978 - Vol. 22 1979 - Vol. 25 1978 - Vol.26 1979 - Vol. 42 1983
Halsbury's	Statutes of England, 3rd ed. - Vol. 7 1969 - Vol 27 1971
Hanbury and Maudsley	Modern Equity, 11th ed. London 1981 by Maudsley, Ronald H. Martin, Jill E.
Hasenbalg, H.	Beiträge zur Lehre von der Interzession Göttingen 1856
Hartley, Trevor C.	Das Bürgschafts- und Garantierecht im Vereinigten Königreich und in Irland 1974
Heck, Philipp	Weshalb besteht ein von dem Bürgerlichen Rechte gesondertes Handelsprivatrecht? in AcP 92 (1902), 438ff.
Hoffmann, Bernd von	Empfiehlt es sich, das EG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht in das deutsche IPR-Gesetz zu inkorporieren? in IPrax 1984, 10ff.
Holdsworth, W.S.	A History of English Law, - Vol. II - Vol. VIII
Holmes, O.W.	The Common Law, Boston 1891
Jacob, I.H.	The Supreme Court Practice 1976 - Vol. 1, London 1975
Jahr, Günther	Romanistische Beiträge zur modernen Zivilrechtswissenschaft in AcP 168 (1968), 9ff.
Jakobs, Horst Heinrich Schubert, Werner	Die Beratungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs - Recht der Schuldverhältnisse I (§§ 241 bis 432) 1978 - Recht der Schuldverhältnisse II (§§ 433 bis 651) 1980 - Recht der Schuldverhältnisse III (§§ 652 bis 853) 1983

Kales, Albert Martin	Presumption of the Foreign Law in Harv. L.R. 19 (1905-1906), 401ff.
Klötzel, Thomas	Publizitätslose Mobiliarsicherheiten – Verlängerter Eigentumsvorbehalt in England in RIW 1983, 822ff.
Klötzel, Thomas	Verlängerter Eigentumsvorbehalt in England in RIW 1985, 460ff.
Kropholler, Jan	Zur funktionellen Methode im Kollisionsrecht in FS für Friedrich Wilhelm Bosch, 1976
Langan, P.St.J. Henderson, L.D.J.	Civil Procedure, 3rd ed. London 1983
Larenz, Karl	Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Band, Besonderer Teil, 12. Auflage, 1981
The Law Commission	Law of Contract, Minors' Contracts, Law Com. No. 134, London 1984
The Law Commission	Working Paper, No. 81, Law of Contract, Minors' Contracts, 1982
Letzgus, Ernst	Die Bürgschaft in RabelsZ 3 (1929), 837ff.
Lorenzen, Ernest G.	The Statute of Frauds and the Conflict of Laws in 32 (1922-23) Y.L.J. 311ff.
Mann, F.A.	Buchbesprechung von Contract Conflicts: The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study edited by North P.M. in 1983 (32) I.C.L.Q. 265f.
Mann, F.A.	Fusion of Legal Professions? in 93 (1977) L.Q.R. 367ff.
Martinek, Michael	Der Weg des Common Law zur allgemeinen Bereicherungsklage - Ein später Sieg des Pomponius? in RabelsZ 47 (1983) 284ff.
Marwede, Jan	Anmerkung zum Urteil des OLG Frankfurt a.M. vom 22. Oktober 1974 - 5 U 6/74 in BB 1975, 985f.
Mc Kecknie, William Sharp	Magna Carta, 2nd ed. 1958
Medicus, Dieter	Zur Geschichte des Senatus Consultum Velleianum, Köln/Graz, 1957
Medicus, Dieter	Die Akzessorität im Zivilrecht in JUS 1971, 497ff.
Meyer, Doris Maria	Der Regreß im Internationalen Privatrecht 1982

Mitchell, R. Else	Is a surety's liability co-extensive with that of the principal debtor in 63 (1947) L.Q.R. 355ff.
Morris, J.H.C. North, P.M.	Cases and materials on Private International Law, London 1984
Morris, J.H.C.	The Conflict of Laws 3rd ed. 1984
Morris, J.H.C.	The Proper Law of Contract in the Conflict of Laws in 56 (1940) L.Q.R. 320ff.
Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches	- Band II, Recht der Schuldverhältnisse, 1888 - Band IV, Familienrecht, 1888
Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch	- Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil (§§ 241-432), München 1979 - Band 3, Schuldrecht Besonderer Teil 1. Halbband,(§§ 433-656), München 1980 - Band 3, Schuldrecht Besonderer Teil 2. Halbband, (§§ 657-853), München 1980 - Band 7, Einführungsgesetz, München 1983
Neuhaus, Paul Heinrich	Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts, 2. Auflage, 1976
Nörr, Knur Wolfgang Scheying, Robert	Sukzessionen, Tübingen 1983
North, P.M.	Cheshire's Private International Law, 10th ed. 1979
North, P.M.	Contract Conflicts,1982
Odgers'	Principles of Pleading and Practice, 22nd ed. London 1981 by Casson, D.B. und Dennis, I.H.
Oertmann, Paul	Anmerkung zum Urteil des OLG Hamburg vom 12. Januar 1934, Bf IV 609/33 in JW 1934, 1924ff.
Oertmann, Paul	Unentgeltliche Geschäfte, 1912
Paget's	Law of Banking, 9th ed. London 1982, by Megrah, Maurice Ryder, I.R.
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, 44. Auflage, 1985
Palmer's	Company Law - Vol. 1, The Treatise, 23rd ed. London 1982
Pennington, Robert R.	Company Law - 2nd ed.1967 - 3rd ed. 1973
Pollock's	Principles of Contracts - 5th ed. 1889 - 12th ed. 1946 by Winfield, P.H.

Rabel, Ernst	Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, München 1925
Rabel, Ernst	The Conflict of Laws, Vol. 4, 1958
Rabel, Ernst	The Statute of Frauds and Comparative Legal History in 63 (1947) L.Q.R. 174ff.
Recht der Kreditsicherheiten in europäischen Ländern	Teil IV: England, bearbeitet von Brink, Ulrich und Habel, Wolfgang, Berlin 1980, herausgegeben von Hadding, Walter und Schneider, Uwe
Reichel, Hans	Die Schuldmitübernahme, München 1909
Reithmann, Christoph	Internationales Vertragsrecht 3. Auflage, 1980
Reuter, Rolf	Schuldübernahme und Bürgschaft im Internationalen Privatrecht, Diss. Frankfurt, 1939
Rilling, Konrad	Die Bürgschaft nach deutschem Internationalem Privatrecht, Diss. Tübingen 1935
Rowlatt,	On the Law of Principal and Surety, 4th ed. 1982 by Marks, David G.M. Moss, Gabriel S.
Rothoeft, Dietrich	System der Irrtumslehre als Methodenfrage der Rechtsvergleichung, Tübingen 1968
Salmond, John W.	Essays in Jurisprudence and Legal History, 1891
Salmond	On Jurisprudence, 12th ed. 1966 by Fitzgerald P.J.
Samuel, Geoffry	Restitution - Voluntary Payment in 91 (1975) L.Q.R. 308ff.
Savigny, Carl Friedrich v.	System des heutigen römischen Rechts - 4. Band, Berlin 1841 - 8. Band, Berlin 1848
Simpson, A.W.B.	A History of the Common Law of Contract, London 1975
Smith, Kenneth Keenan, Denis	Company Law, 4th ed. London 1981
Soergel,	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - Band 4, Schuldrecht III, (§§ 705-853), 11. Auflage 1985 - Band 8, Einführungsgesetz, 11. Auflage 1984
Spry, I.C.F.	The Principles of Equitable Remedies 3rd ed. 1984
Stammler, Rudolf	Der Garantievertrag in AcP 69 (1886) 1ff.

Staudinger, J. v.	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - 2. Band, Recht der Schuldverhältnisse, (§§ 741-778) 12. Auflage 1982 - Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Teil 2b, Internationales Schuldrecht I, 10./11. Auflage 1978
Stein-Jonas	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 20. Auflage, 11. Lieferung 1985
Steyn, Johan	Guarantees: The Co-Extensiveness-Principle in 90 (1974) L.Q.R. 246ff.
Stoljar, S.J.	The Law of Quasi-Contract, London 1964
Treitel, G.H.	The Law of Contract, 4th ed. London 1975
Unger, Joseph	Handeln auf fremde Gefahr in JherJb 33 (1894), 299ff.
Vangerow, Karl Adolph v.	Lehrbuch der Pandekten, III. Band, 7. Auflage 1876
Wengler, Wilhelm	Der deutsche Richter vor unaufklärbarem und unbestimmtem ausländischen Recht in JR 1983, 221ff.
Westphalen, Graf Friedrich v.	Bürgschaftsformulare im Licht des AGB-Gesetzes, in WM 1984, 1589ff.
Williams, Sir Edward Vaughan	Notes to Saunders' Reports, Vol. 1, London 1871
Williams, Glanville L.	Joint Obligations, London 1949
Williston, Samuel	A Treatise on the Law of Contracts, Vol. 10, 3rd ed. 1967, Cumulative Supplement issued July 1981
Winscheid, Bernhard	Über das Prinzip des SC Velleianum in AcP 32 (1849), 283ff.
Wolff, Ernst	Typische Entwicklungen im englischen Recht in SJZ 1946, 133ff.
Wolff, Martin	Private International Law, 2nd ed. 1950
Zweigert, Konrad	Die kritische Wertung in der Rechtsvergleichung, in FS für Clive M. Schmitthoff 1973, 403ff.
Zweigert, Konrad	Das Statut der Vertragsübernahme in RabelsZ 23 (1958), 643ff.
Zweigert, Konrad Kötz, Hein	Einführung in die Rechtsvergleichung Band 1 - Grundlagen - 2. Auflage 1984

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABl.EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abt.	Abteilung
A.C.	The Law Reports, Appeal Cases, House of Lords, Judicial Committee of the Privy Council and Peerage Cases
AcP	Archiv für civilistische Praxis
a.E.	am Ende
A. & E.	Adolphus & Ellis' Reports (1834-1840)
All E.R.	All England Law Reports 1936-
All E.R.Rep.	All England Law Reports Reprint (1558-1935)
A.L.J.	The Australian Law Journal 1927-
Anm.	Anmerkung
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
Beav.	Beavan's Rolls Court Reports (1838-1866)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Camb.L.J.	Cambridge Law Journal
C.B.	Chief Baron
Ch.	Law Reports, Chancery
Ch.D.	The Law Reports Chancery Division (1876-1890)
C.J.	Chief Justice
C.L.R.	The Commonwealth Law Reports
Comm.L.R.	Commercial Law Reports
E.B.L.	Encyclopaedia of Banking Law
ed.	edition
E.F.P.	Encyclopaedia of Forms and Precedents
E.R.Ch.	The English Reports Chancery
E.R.C.P.	The English Reports Common Pleas
E.R.Ex.	The English Reports Exchequer Division
E.R.K.B.	The English Reports King's Bench Division
E.R.N.P.	The English Reports Nisi Prius (Cases argued and ruled at Nisi Prius in the Courts of King's Bench and Common Pleas an on the Circuit).
E.R.R.C.	The English Reports Rolls Court
Exch.	Law Reports Exchequer
ff.	folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift

HansRGZ	Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift
Harv.L.R.	Harvard Law Review
HGB	Handelsgesetzbuch
H.L.E.	Halsbury's Laws of England
h.M.	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
I.C.L.Q.	International and Comparative Law Quarterly
IPrax.	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRspr.	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts
I.R.C.L.	The Irish Reports Common Law Series
J.	Justice
JherJb.	Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
K.B.	Law Reports King's Bench
L.C.	Lord Chancellor
L.J.	Lord Justice
L.J.Ch.	The Law Journal Reports Chancery Division
Lloyd's Rep.	Lloyd's List Law Reports
LM	Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
L.Q.R.	Law Quarterly Review
L.R.Ch.	The Law Reports Chancery Division
L.R.C.P.	The Law Reports Court of Common Pleas
L.R.Ex.	Law Reports Exchequer
L.R.Exch	Law Reports Exchequer
L.R.H.L.	The Law Reports Appeal Cases before The House of Lords
L.R.Q.B.	The Law Reports Court of Queen's Bench
L.T.	The Law Times Reports, New Series
L.T.(O.S.)	The Law Times Reports, Old Series
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
M.L.R.	Modern Law Review
Mot.	Motive
M.R.	Master of the Rolls
Mü-Ko	Münchner Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
N.I.	Northern Ireland Law Reports
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
N.L.J.	The New Law Journal

o.	order, oben
OLG	Oberlandesgericht
Q.B.	The Law Reports Queen's Bench
Q.B.D.	The Law Reports Queen's Bench Division
r.	rule
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rdnr.	Randnummer
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RGRK	Reichsgerichtsrätekommentar
RIW/AWD	Recht der Internationalen Wirtschaft / Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
R.S.C.	Rules of the Supreme Court
S.	Seite
s.	section, siehe
S.C.P.	Supreme Court Practice
SE2nd	South Eastern Reporter Second Series
S.J.	The Solicitors' Journal
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
S.R.(N.S.W.)	The State Reports, New South Wales
T.L.R.	The Times Law Reports
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
Vor.	Vorbemerkung
Vorbem.	Vorbemerkungen
W.L.R.	Weekly Law Reports
WM	Wertpapier-Mitteilungen
W.N. (N.S.W.)	The Weekly Notes (New South Wales)
Y.L.J.	Yale Law Journal
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis

INTERZESSIONSFORMEN IN ENGLAND UND IHRE KOLLISIONSRECHTLICHE BEHANDLUNG - EINE RECHTSVERGLEICHENDE STUDIE

A. EINFÜHRUNG

Die Aufgabe der Rechtsvergleichung besteht darin, die Rechtssätze unterschiedlicher Rechtsordnungen miteinander zu vergleichen.[1] Diese Formulierung ist einfach und wirkt fast banal. Jedoch bieten sich bei der Frage nach der Methode zu ihrer Bewältigung verschiedene Vorgehensweisen an.[2] Dabei kommt der funktionalen Rechtsvergleichung überragende Bedeutung zu,[3] deren Wesen darin zu sehen ist, daß als das für jede Vergleichung essentielle tertium comparationis eine konkrete Ordnungsaufgabe herangezogen wird. Diese Methode setzt die rechtsvergleichende Grunderfahrung[4] voraus, daß in Gesellschaftssystemen, die in soziologischer Hinsicht vergleichbar sind, gleichartige Interessenkonflikte auftreten, die dann bei "gleichen Realien der Ordnungsprobleme zu gleichwertigen Rechtsgedanken in Institutionen verschiedener historisch-dogmatischer Struktur auch unter abweichenden juristischen Denkformen führen."[5]

Am Anfang einer jeden rechtsvergleichenden Arbeit muß daher die weitgehend systemneutrale inhaltliche Bestimmung des zu vergleichenden Ordnungsproblems stehen, um so die Untersuchung vorzubereiten, deren Ziel in der Herausarbeitung der Techniken besteht, mit denen eine konkrete Ordnungsaufgabe in einer anderen Rechtsordnung bewältigt wird.

I. DER BEGRIFF DER INTERZESSION

Die Interzession hat ihren begrifflichen Ursprung im römischen Recht, und es bietet sich an, mit einer weitgehend an historischen Quellen orientierten Untersuchung den Sinngehalt dieses Begriffes näher zu ergründen.

Die Interzession umschreibt die seit Jahrtausenden geläufige[6] Situation, daß ein Dritter durch sein "Dazwischentreten" in den Lauf der Dinge eingreift,[7] indem er sich für, neben oder nach dem eigentlichen Schuldner[8]

gegenüber dessen Gläubiger verpflichtet.

In seiner grundlegenden Untersuchung der Interzession hat Hasenbalg[9] als wesentliches Erfordernis für eine Interzession die Übernahme einer fremden Verbindlichkeit[10] angesehen. Dabei kommt es nicht nur auf die äußere Erscheinung dieser Verbindlichkeitsübernahme an, sondern die innere Beziehung auf fremde, im Interesse eines Dritten liegende Umstände ist ausreichend. Es ist nicht erforderlich, daß diese fremde Verbindlichkeit im Zeitpunkt der Interzession bereits begründet ist.[11]

Zunächst lassen sich zwei wesensmäßig verschiedene Formen der Interzession herausarbeiten, nämlich

- die befreiende (privative) Interzession, durch deren Eingehung der eigentliche Schuldner befreit wird, und
- die beitretende (kumulative) Interzession, die die Haftung des eigentlichen Schuldners unberührt läßt und durch deren Eingehung der Interzedent nunmehr subsidiär zu dem Hauptschuldner oder gleichrangig, also nicht subsidiär, mit ihm haftet.[12]

Aber auch die sogenannte Interzession durch Alleinverpflichtung gehört systematisch in diesen Zusammenhang, wenn der Interzedent zwar eine eigene, von der Haftung eines Dritten völlig losgelöste Verbindlichkeit übernimmt, jedoch sein Wille bei der Eingehung dieser Verbindlichkeit auf die Förderung eines fremden Interesses gerichtet war.[13]

Die mit dem Interzessionsbegriff verknüpfte Ordnungsaufgabe, die es rechtsvergleichend zu untersuchen gilt, läßt sich daher so formulieren:

Welche Rechtsinstitute erlauben es einem Rechtssubjekt, sich zur Förderung eines fremden, einem anderen zurechenbaren Interesses, das sich aus bereits bestehenden oder noch zu begründenden Rechtsbeziehungen zu einem Dritten ergibt, gegenüber diesem Dritten zu verpflichten, und wie gestalten sich die Rechtsbeziehungen zwischen diesen drei Parteien in Abhängigkeit von der Wahl eines konkreten Rechtsinstituts?

II. ZIEL UND GANG DER ARBEIT

Mit der vorliegenden Arbeit soll der Versuch unternommen werden, Interzessionsformen in England in systematischer Weise darzustellen. Motiviert zu dieser Arbeit hat mich der Umstand, daß eine Aufarbeitung dieses

Rechtsgebiets für England in Deutschland bisher nur im Ansatz erfolgt ist.[14] Aber auch die Erkenntnis, daß mit den Interzessionsformen dem Sicherungsinteresse eines Kreditgebers, sei es in der Form von Waren- oder Geldkredit, auf weitgehend unproblematische Weise Rechnung getragen werden kann und daß insbesondere im Geschäftsverkehr mit England die bei uns anerkannten publizitätslosen Mobiliarsicherheiten nur begrenzt wirksam sind[15], hat mich dazu bewogen, dieses komplizierte Rechtsgebiet einer eingehenden Analyse zu unterziehen und in seinen Grundstrukturen zu erarbeiten. Dabei liegt es nahe, auch die kollisionsrechtlichen Problemlagen anzusprechen, die sich bei einem länderübergreifenden Sachverhalt zwangsläufig ergeben.

Mit dieser Arbeit soll zweierlei erreicht werden. Einmal soll dem englischen Recht für diesen Teilbereich das "Fremdartige und Wundersame"[16] genommen werden. Zum anderen sollen im Hinblick auf die eigene Rechtsordnung durch die Betrachtung eines fremden Rechtssystems, das sich für ein in soziologischer Hinsicht vergleichbares Gesellschaftssystem entwickelt hat, Anregungen für das eigene Recht gegeben und der Weg zu neuen Fragestellungen eröffnet werden.

Um dieses Ziel im Rahmen meiner Arbeit zu erreichen, verzichte ich auf einen Länderbericht Deutschland und setze das deutsche Recht zu diesen Fragen als bekannt voraus. Nach Darstellung der Rechtslage in England werde ich einen rechtsvergleichenden Überblick geben und dabei die Gemeinsamkeiten beider Rechtsordnungen, aber auch die Rechtsunterschiede herausarbeiten.

Ganz bewußt habe ich zahlreiche englische Fachbegriffe nicht übersetzt, sobald auch nur der geringste Zweifel an der begrifflichen Identität der verwendeten Termini in bezug auf die hieran geknüpften Vorstellungen besteht, wie zum Beispiel surety und Bürge, oder aber wegen der Besonderheit bestimmter englischer Rechtsfiguren ein Pendant in der deutschen juristischen Terminologie überhaupt nicht enthalten ist, wie zum Beispiel consideration oder promissory estoppel.

Eine weitere Besonderheit in der Bewältigung der gestellten Aufgabe ist die häufige Wiedergabe von Originalauszügen aus englischen Gerichtsentscheidungen. Hierdurch will ich erreichen, daß mein Leser mit der hierin

zum Ausdruck kommenden pragmatischen und typisch englischen Art der Bewältigung von Interessenkonflikten vertraut wird. Gleichzeitig will ich ihm ein eigenes Bild von den die Rechtsnormen bewirkenden Entscheidungen und ihren Gründen vermitteln, um so die von mir dargestellten Lösungen zu untermauern oder auch einer Kritik zugänglich zu machen.

Wegen der Komplexität dieses Unternehmens ist es erforderlich, den Gegenstand der Untersuchung einzugrenzen. Die Eingrenzung erfolgt unter einem räumlichen, aber auch unter inhaltlichen Gesichtspunkten.

Zunächst ist mit England nicht das Vereinigte Königreich (Großbritannien) gemeint, sondern lediglich England und Wales. Die Rechtslage in Nordirland und Schottland bleibt unberücksichtigt, denn insbesondere das schottische Recht weicht wegen seiner vom englischen Recht verschiedenen historischen Grundlagen hiervon teilweise erheblich ab.[17]

Aber auch der Bereich der Realinterzessionen soll hier nicht weiter dargestellt werden, da sich diese Interzessionsform, deren Charakteristikum in der Hingabe einer Mobiliar- oder Immobiliarsicherheit besteht, wegen der mit ihr verknüpften besonderen Formen, insbesondere im Bereich der Immobiliarsicherheiten im transnationalen Handelsverkehr, nur bedingt eignet, aber auch der Rahmen dieser Arbeit zu weit gezogen wäre. Auch solche Lagen, bei denen sich eine Interzessionswirkung kraft positiv-rechtlicher Anordnung ergibt, werden hier nicht untersucht.

B. DIE INTERZESSIONSFORMEN IN ENGLAND

Der Begriff der Interzession ist der englischen Rechtssprache nicht geläufig. Ansatzpunkt für eine vergleichende Untersuchung sind daher diejenigen Rechtsverhältnisse, bei denen ein Dritter eine bestimmte Rolle im Hinblick auf ein bestehendes oder im Entstehen begriffenes Schuldverhältnis übernimmt.

Hierbei zeigt sich, daß im wesentlichen vier Rechtsfiguren diesen Regelungsbedürfnissen Rechnung tragen. Es sind dies der contract of guarantee, der contract of indemnity sowie die novation und die joint obligation. Daneben existiert der Begriff contract of suretyship. Hierbei handelt es sich um ein Synonym für den Begriff contract of guarantee. Beide Begriffe werden in

der englischen Literatur[1] wie auch in englischen Gerichtsentscheidungen[2] nebeneinander verwendet.

Der contract of suretyship beschreibt nicht nur den Fall, bei dem der surety oder guarantor eine persönliche Haftung eingeht. Vielmehr fallen hierunter auch die in dieser Arbeit nicht näher untersuchten Realinterzessionen. Sir Wilfried Green M.R. hat hierzu ausgeführt:

> It appears to me that the assumption of personal liability ist not a necessary element of suretyship. "Surety" and "security" are in origin the same, and a person who provides a pledge or security for the performance of another's obligation is, I think, making himself, by means of that pledge or security, a surety for that other, just as much as if he pledges his personal credit.[3]

Allenfalls am Rande behandelt werden sollen diejenigen Fragen, die im Zusammenhang mit dem Konsumentenkredit auftreten. Der Consumer Credit Act 1974 enthält in seinem ss. 105ff., 189(1) spezielle Regelungen, wenn Sicherheit im Rahmen eines von dem Consumer Credit Act 1974 erfaßten Vertrages gewährt wird, und er bezweckt einen besseren Schutz des Sicherungsgebers.[4] Nach s. 8 Consumer Credit Act 1974 kommtseine Anwendung immer dann in Betracht, wenn an natürliche Personen Kredit geleistet wird, der die Summe von £ 5.000,-- nicht übersteigt.

Die Regeln des Consumer Credit Act 1974 finden jedoch keine Anwendung, wenn bei einem solchen Vertrag ausländische Elemente eine Rolle spielen, und die Regeln des Internationalen Privatrechts beachtet werden müssen. Aus s. 5 Consumer Credit (Exempt Agreements) Order 1980 ergibt sich, daß der Consumer Credit Act 1974 keine Anwendung findet, wenn die Vereinbarung eine Verbindung zu einem Land außerhalb des Vereinigten Königreichs aufweist.[5]
Auch die sogenannten letters of comfort oder letters of respectability, die von Muttergesellschaften für ihre Tochtergesellschaften abgefaßt werden, sollen hier nicht weiter vertieft werden, denn es handelt sich hierbei nicht um "guarantees in a legally binding sense."[6]

I. CONTRACT OF SURETYSHIP

Der suretyshipcontract hat seine Ursprünge in den Anfängen des Vertragsrechts. Damals sorgten die Parteien eines Rechtsstreits für einen surety (borh)

und eine Sicherheit (wed), um die Erfüllung ihrer Versprechen zu gewährleisten, wobei die Bereitstellung eines surety mehr war als eine bloße Form, denn der surety war dem Gläubiger primär verpflichtet. Daher kann in dem Institut der suretyship die Grundlage für das Einstehenmüssen für ein Versprechen gesehen werden. [7]

Heute jedoch bewirkt der suretyshipcontract keine primäre Haftung des surety. Dies zeigt sich bereits an den heute gebräuchlichen Definitionen, von denen einige hier exemplarisch dargestellt werden sollen.

In der Encyclopaedia of Forms and Precedents findet sich folgende Definition:

> A contract of guarantee is one whereby one person contracts with another to pay some debt or perform some act or duty owed by a third person who notwithstanding remains primarily liable for such payment or performance, i.e. the person giving the guarantee becomes liable only on default of the third person. [8]

Halsbury's Laws of England schlagen folgendes vor:

> A guarantee is an **accessory** contract by which the promisor undertakes to be answerable to the promisee for the debt, default or miscarriage of another person, whose primary liability to the promisee must exist or be contemplated. [9]

Bei Rowlatt wird als surety jemand bezeichnet,

> who contracts with an actual or possible creditor of another to be responsible to him by way of security, **additional** to that other, for the whole or part of the debt. [10]

Die Definition bei Chitty lautet:

> A contract of suretyship is in essence a contract by which one person (the surety) agrees to answer for some liability of another (the principal debtor) to a third person (the creditor). [11]

De Colyar sieht in der guarantee

> a **collateral** engagement to answer for the debt, default or miscarriage of another person. [12]

Hieraus ergibt sich, daß die guarantee eine typische Interzessionsform darstellt, denn ein Dritter übernimmt eine Verpflichtung im Hinblick

auf eine Rechtsbeziehung zwischen Gläubiger und Hauptschuldner, die sich als "accessory, additional, collateral" und "ancillary and subsidiary"[13] darstellt. Damit ist die guarantee eine kumulative Interzession.

1. ZUSTANDEKOMMEN DES VERTRAGS

Wie jeder Vertrag bedarf auch der contract of suretyship zu seiner Wirksamkeit bestimmter Elemente. Neben dem agreement zweier oder mehrerer Parteien, die geschäftsfähig sind, muß der Vertrag, wenn er nicht in einer gesiegelten Urkunde aufgenommen wird, von einer consideration getragen sein.[14]

a) PARTEIEN DER GUARANTEE

In der Entscheidung Duncan, Fox & Co. v. North and South Wales Bank[15] hat Lord Selborne L.C. drei verschiedene Varianten der suretyship dargestellt:

> (1) Those in which there is an agreement to constitute, for a particular purpose, the relation of principal and surety, to which agreement the creditor hereby secured is a party;
>
> (2) Those in which there is a similar agreement between the principal and surety only, to which the creditor is a stranger;
>
> (3) Those in which without any such contract of suretyship, there is a primary and secondary liability of two persons for one and the same debt, the debt being, as between the two, that of one of those persons only, and equally of both, so that the other, if he should be compelled to pay it, would be entitled to reimbursement from the person by whom (as between the two) it ought to have been paid.[16]

Das bedeutet, daß es möglich ist, einen contract of suretyship zu begründen, wenn alle drei Parteien mitwirken oder aber nur der Gläubiger und der surety oder auch nur der Hauptschuldner und der surety. Die sich kraft Gesetzes ergebenden, vergleichbaren Haftungslagen sollen hier nicht weiter verfolgt werden.

Während die beiden zuerst genannten Varianten ohne weiteres konstruktionsmäßig vorstellbar sind, ist der contract of suretyship zwischen Hauptschuldner und surety zunächst eine Konstellation, die nicht ohne weiteres verständlich ist. Sie setzt voraus, daß der Gläubiger wenigstens zwei Schuldner

hat, die gemeinsam zur Erfüllung des Hauptschuldverhältnisses verpflichtet sind. Soll einer von ihnen wegen einer Vereinbarung im Innenverhältnis nur Sicherungsgeber sein, und weiß der Gläubiger dies, so erwirbt der Sicherungsgeber im Außenverhältnis zum Gläubiger alle Rechte und Pflichten eines surety, die in dieser Rechtsbeziehung nicht auf einem Vertrag beruhen, sondern kraft Gesetzes entstehen.[17]

Diese Wirkung tritt selbst dann ein, wenn die Hauptschuldner eine solche Vereinbarung erst nachträglich treffen und der Gläubiger hiervon Kenntnis erlangt.

> If, notwithstanding that both debtors appeared to be principal debtors, the knowledge afterwards that one of them is a surety only disentitles you to deal with the other in the way of giving time without discharging that debtor, then it seems to me it must equally be the case (for otherwise there would be a distinction resting on no intelligible or solid basis) that were, although both are prinicipal debtors at the time, one of them afterwards, as between himself and his co-debtor, becomes a surety, that one is discharged if time be given to the other.[18]

Diese Rechtslage wird bei Chitty in Frage gestellt, da sie gegen jedes Prinzip verstoßen soll, denn warum sollten die Rechte des Gläubigers von Faktoren abhängen, die ihm im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht bekannt waren?[19]

Diese Kritik ist im Grundsatz berechtigt, denn, wie sich im folgenden zeigen wird, muß ein Gläubiger berechtigte Interessen des surety wahren, wenn er nicht seine Rechte gegen ihn beeinträchtigen oder verlieren will. Solche Pflichten hätte der Gläubiger gegenüber einem Mitschuldner nicht gehabt, weswegen die nachträgliche Vereinbarung der Hauptschuldner seine Rechte inhaltlich verändert, ohne daß er hieran beteiligt ist.

Dogmatisch läßt sich diese Rechtsprechung nur damit erklären, daß die Hauptschuldner als joint debtors die versprochene Leistung nur einmal schulden, denn wesentliches Merkmal der joint obligation ist die Einheitlichkeit ihrer Rechtsquelle.[20] Da nun der Gläubiger seine Leistung immer nur einmal verlangen kann, muß er damit rechnen, daß einer seiner Schuldner lediglich Sicherungsgeber ist. Wenn ein Gläubiger aber mit einer solchen Konstellation rechnen muß, so verstößt es meines Erachtens nicht gegen übergeordnete Prinzipien, wenn an die spätere Erlangung der sicheren Kenntnis einer bereits naheliegenden Rechtslage bestimmte Wirkungen geknüpft werden.

b) DAS AGREEMENT

Ein agreement liegt vor, wenn von einer oder mehreren Parteien ein Angebot abgegeben wird, das von der oder den anderen Parteien angenommen wird.[21] Ein solcher Konsens muß, um rechtliche Wirkungen zu entfalten, sich auf Rechte und Pflichten beziehen, die vor einem Gericht verhandelt werden können.[22] Dieses Element beschreibt die intention to create legal relations.

Bei der Frage nach dem Vorliegen eines agreement kommt es nicht darauf an, was die Parteien sich vorstellten, vielmehr ist maßgebend, was gesagt, geschrieben oder getan wurde.

> Agreement is not a mental state, but an act, and as an act, is a matter of inference from conduct.[23]

Bedeutsam in diesem Zusammenhang ist die Unterscheidung zwischen unilateral und bilateral (synallagmatic[24]) contracts, denn hinsichtlich der Frage des Zugangs der Annahme und der Rücknehmbarkeit eines Angebots gelten je nach Qualifikation verschiedene Grundsätze.

Die guarantee scheint sowohl unilateral wie auch bilateral zu sein,[25] wenn auch die Charakterisierung als unilateral contract vorherrscht:

> The contract of guarantee is unilateral in the sense that the creditor has not made any promise to the guarantor (in return for the guarantee) to give credit to the principal debtor.[26]

Bei der Behandlung dieser Frage ist jedoch zu beachten, daß eine Konzeption von bilateral oder unilateral contracts nicht abschließend bei der Frage des agreement entwickelt werden kann, denn dies muß in direktem Zusammenhang mit der noch zu behandelnden consideration gesehen werden. Dies zeigt sich daran, daß die Erbringung der consideration in aller Regel condition precedent für die Wirksamkeit einer guarantee ist.[27]

Lord Diplock versteht unter einem unilateral contract einen Vertrag, bei dem sich eine Partei verpflichtet, etwas zu tun oder zu unterlassen, wenn der Versprechensempfänger etwas tut oder unterläßt, ohne selbst hierzu verpflichtet zu sein.[28] Ein solcher Vertrag soll für beide Teile erst dann bindend werden, wenn die condition precedent erfüllt wurde.[29] Der Versprechende kann sein Angebot jederzeit widerrufen, solange die condition precedent nicht eingetre-

ten ist, wobei dies durch die vollständige Erbringung einer Leistung oder die Unterlassung einer Handlung bewirkt werden kann. Schwierigkeiten treten insbesondere dann auf, wenn lediglich eine Teilleistung erbracht wurde.[30]

Ein bilateral contract soll dagegen dann vorliegen, wenn das anzunehmende Angebot auf die Abgabe eines Versprechens gerichtet ist:

> There is a material distinction between the acceptance of an offer which asks for a promise and an offer which asks for an act on the condition the offer becoming a promise. In the former case the proposed contract is called bilateral, in the latter unilateral.[31]

Atiyah[32] zieht nun hieraus den Schluß, daß eine guarantee dann ein binding bilateral contract ist, wenn sie im Hinblick auf ein Versprechen des Gläubigers abgegeben wurde, mit dem Hauptschuldner einen Vertrag zu schließen.

Den weitaus häufigeren Fall sieht Atiyah jedoch darin, daß eine guarantee "is given in return for an act or forbearance on the part of the creditor".[33] Allerdings ist zu bezweifeln, ob diese Differenzierung zu der Entscheidung der Frage, ob ein Vertrag bilateral oder unilateral ist, ausreicht, denn es ist vorstellbar, daß der Gläubiger dem surety zum Beispiel verspricht, er wolle dem Hauptschuldner seine Forderung stunden. Hierauf kann der Gläubiger mit dem Hauptschuldner eine Stundungsvereinbarung schließen oder einfach nicht gegen den Hauptschuldner vorgehen. Im ersten Fall läge dann ein bilateral contract vor, im zweiten Fall wäre die Beziehung als unilateral zu qualifizieren, obwohl das Ergebnis das gleiche wäre.

Ich meine, daß die Unterscheidung nicht an einer Untersuchung der Annahme und der hiermit verknüpften Leistungsverpflichtung orientiert werden sollte, sondern auf anderer Ebene zu suchen ist. Ausgangspunkt hierfür ist die Entscheidung Carlill v. Carbolic Smoke Ball,[34] in der erstmals die Grundsätze über unilateral contracts entwickelt wurden. Hier hatte die Carbolic Smoke Ball Co. versprochen, jedem, der das von ihnen produzierte Grippemittel vorschriftsmäßig einnahm und dennoch Grippe bekam, £ 100,-- zu bezahlen. Die Klägerin erkrankte trotz korrekter Anwendung des Carbolic Smoke Ball und verlangte die versprochenen £ 100,--, die sie schließlich auch zugesprochen bekam.

Für die guarantee ist diese Entscheidung insofern von Bedeutung, als Lindley L.J. das Angebot der Carbolic Smoke Ball Co. als continuing offer qualifizierte,[35] denn es existiert die Rechtsfigur der continuing guarantee. Diese Variante,

bei der im einzelnen schwierige Konstruktionsfragen auftreten,[36] betrifft den Fall, daß der surety seine guarantee abgibt, "to secure a floating balance which may from time to time be due from the principal debtor to the creditor."[37]

Betrachtet man nun die Entscheidung, die Atiyah[38] als Beleg für die Qualifikation der guarantee als unilateral contract heranzieht, so zeigt sich, daß es sich hierbei um den Fall einer continuing guarantee handelte. Offord v. Davies [39] lag folgende guarantee zugrunde:

> We, the undersigned, in consideration of your discounting, at our request, Bills of Exchange for Messrs. Davies & Co. of Newtown, Montgomeryshire, drapers, hereby jointly and severally guarantee for the space of twelve calendar months the due payment of all such Bills of Exchange to the extent of sixhundred pounds.

In dieser Entscheidung kommt zwar nicht eindeutig zum Ausdruck, daß eine continuing guarantee vorlag, jedoch betrifft die in Frage stehende guarantee genau den Sachverhalt, der continuing guarantees üblicherweise zugrunde liegt: gehaftet werden soll für alle innerhalb einer bestimmten Zeit diskontierten Wechsel des Hauptschuldners, so daß der Umfang der Haftung des surety in Abhängigkeit zu dem Ankauf von Wechseln steht.

Aus englischer Sicht ist nun eine continuing guarantee nicht ein einzelner Vertrag, sondern eine Aneinanderreihung verschiedener Einzelverträge:

> What is guaranteed is not any one advance of $ 75.000,--, but all contractual indebtness up to $ 75.000,--. That indebtness may be, and infact was, the result of a serie of contracts.[40]

Wenn daher eine continuing offer Grundlage einer guarantee ist, was bei einer continuing guarantee regelmäßig der Fall ist, so können die besonderen Grundsätze über unilateral contracts Anwendung finden. Weist das Angebot keine Besonderheiten auf, so ist die guarantee als bilateral contract zu qualifizieren, für den auf der Ebene des agreement keine Besonderheiten gelten. Die Anknüpfung an die inhaltliche Ausgestaltung des Angebots des surety erscheint daher am zweckmäßigsten für die Entscheidung der Frage, ob eine bilateral oder eine unilateral guarantee vorliegt. [41]

c) DIE CONSIDERATION

Bei der consideration handelt es sich um ein Wirksamkeitserfordernis für

einen schuldrechtlichen Vertrag. In den Anfängen des englischen Vertragsrechts war die consideration lediglich ein prozessuales Erfordernis der action of assumpsit, das dazu diente, diejenigen Tatsachen in einen Rechtsstreit einzuführen, deretwegen ein Versprechen durchsetzbar sein sollte.[42]

Heute ist die consideration ein eindeutig materiell-rechtliches Erfordernis, denn sofern ein Versprechen nicht in gesiegelter Form abgefaßt wurde, entsteht eine effiziente Bindungswirkung nur dann, wenn es für eine consideration abgegeben wurde.[43]

Dieses Zusammenspiel von Form und consideration als Wirksamkeitserfordernis für Verträge hat Lord Diplock in Moschi v. Lep Air Services [44] zusammengefaßt:

> The basic principle which the law of contract seeks to enforce is that a person who makes a promise to another ought to keep his promise. This basic principle is subject to an historical exception that English law does not give the promisee a remedy for a failure by a promisor to perform his promise unless either the promise was made in a particular form, e.g. under seal, or the promisee in return promises to do something for the promisor which he would not otherwise be obliged to do, i.e. gives consideration for the promise.

Gesiegelte Leistungsversprechen sollen hier nicht weiter verfolgt werden. Ein solches Leistungsversprechen liegt in der Regel dann vor, wenn sich die Rechtsbeziehungen der Parteien aus deed, covenant, specialty oder einem bond ergeben, wobei insbesondere bei einem bond Ausnahmen denkbar sind.[45]

Einegrundlegende Definition der consideration wurde in der Entscheidung Currie v. Misa [46] gegeben:

> A valuable consideration may consist either in some right, interest, profit or benefit accruing to the one party, or some forbearance, detriment, loss or responsibility given, suffered or undertaken by the other.

Pollock hat diese Definition auf die Formel reduziert, daß die consideration der Preis sei, für den ein Versprechen gekauft werde.[47] Diese wegen ihrer Abstraktheit kritisierte Formel [48] wurde vom House of Lords in der Entscheidung Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. Selfridge & Co. Ltd. aufgegriffen:[49]

> An act or forbearance of one party, or the promise thereof, is the price for which a promise of the other is bought, and the promise thus given for value is enforceable.

Cheshire/Fifoot geben Pollocks Definition den Vorzug, denn hierdurch werde "the commercial character of the English contract" betont, also der Aspekt des bargaining.[50] Nach ihrer Auffassung bezeichnet die consideration eine Motivationsgrundlage und die Idee, die Klagbarkeit eines nicht gesiegelten Versprechens von der Prüfung des Grundes abhängig zu machen, der in der Abgabe der Willenserklärung lag, wobei nur eine Willensbekundung aus gutem Grund den Erklärenden bindet.[51] Auch Treitel [52] verkennt nicht, daß sich consideration und motive nicht trennen lassen, sondern daß die consideration ein Aspekt der Motivationsgrundlage ist. Ein Motiv wird nämlich dann als consideration anerkannt, wenn zwei weitere Bedingungen erfüllt sind: "The thing secured in exchange for the promise was of some value in the eye of the law and that it moved from the plaintiff."[53] Darüber hinausgehende Motive, Zwecke oder Erwartungen bleiben jedoch rechtlich unerheblich.[54]

Welcher der beiden Definitionen letztlich der Vorrang zu geben ist, erscheint mir unbedeutend. Wichtig ist dagegen die Erkenntnis, daß das englische Recht zwar anerkennt, daß ein Versprechen in moralischer Hinsicht bindet, jedoch die gerichtliche Durchsetzbarkeit von Versprechen bei fehlender consideration verweigert wird. Der Grund für diese Haltung liegt in der Befürchtung, daß ohne das Erfordernis der consideration die Zahl der freiwilligen Verpflichtungen vervielfacht würde, was sich im Endeffekt zu Lasten der tatsächlichen Gläubiger auswirken könnte.[55]

aa) EINZELFÄLLE

Daß die guarantee einer consideration bedarf, ist unumstritten.

> To make a promise to pay the debt of another binding it must be made upon good consideration.[56]

Im folgenden soll dargestellt werden, worin die consideration im Einzelfall bestehen kann.

Bedeutung hat hier zunächst die guarantee, die abgegeben wird, damit der Gläubiger dem Hauptschuldner die Forderung stundet. Nicht ausreichend ist das bloße Nichteintreiben einer Forderung, vielmehr muß ein bindendes Ver-

sprechen hinsichtlich einer Stundung vorliegen.

> ... I take it to be undoubted law, that the mere fact of forbearance would not be a consideration for a person's becoming surety for a debt. It is quite clear, on the other hand, that a binding promise to forbear would be a good consideration for a guarantee.
>
> The law appears to be that a promise to forbear is a good consideration, but that also actual forbearance at the request express or implied of the defendant would be a good consideration.[57]

Dies zeigt, daß über die Stundung kein ausdrückliches agreement erzielt werden muß. Es genügt vielmehr, wenn tatsächlich gestundet wird, diese Stundung auf ein Verlangen des surety zurückgeht und sich dieses Verlangen ausdrücklich oder stillschweigend aus dem Vorliegen bestimmter Umstände ableiten läßt.

Zu beachten ist, daß an die Stundungsabrede inhaltliche Anforderungen zu stellen sind:

> These are authorities for saying that an agreement to forbear for a short time is too indefinite to constitute a consideration for a contract; but I am not at all prepared to assent to the proposition that an agreement to forbear for a reasonable time would not be sufficient.[58]

Die Stundung muß also immer für eine vernünftige Zeitspanne gewährt werden. Ob eine solche Abrede inhaltlich bestimmter ist, erscheint zweifelhaft. Interessant hieran ist jedoch der Gesichtspunkt, daß offensichtlich die adequacy of consideration geprüft und angezweifelt wurde. Grundsätzlich spielt die Wertrelation der ausgetauschten Leistungen für die Wirksamkeit eines Vertrages keine Rolle.[59] Dies zeigt zum Beispiel ein dictum von Erle J. in Johnston v. Nicholls (1845):

> The argument goes to shew, not the absence of a consideration but rather its inadequacy. But this is not a question for us; we have nothing to do with the prudence or imprudence of a bargain.[60]

Ausnahmen von diesem Grundsatz gelten jedoch im Bereich der Equity. Hier werden beim Hinzutreten weiterer Umstände Rechtsbehelfe gewährt, wenn Leistung und Gegenleistung in einem Mißverhältnis stehen.[61]

Eine weitere typische consideration für eine guarantee ist die Lieferung von Waren:

> In consideration of you having at my request agreed to supply and furnish goods to my husband I hereby guarantee to you the sum of £ 500,--.[62]

Oder auch die Gewährung von weiterem Kredit, wie in Edwards v. Jevons (1849):[63]

> In consideration of Messrs. Edwards, Ringer & Co., ... giving credit to Mr. David Jevons ... I hereby engage to be responsible and to pay, any sum, not exceeding £ 120,--, ...

Aber auch weniger typische Gegenleistungen vermögen eine wirksame consideration darzustellen, wie zum Beispiel die Aufhebung eines Haftbefehls im Zwangsvollstreckungsverfahren[64] oder die Rücknahme eines Antrags auf Einleitung eines Konkursverfahrens.[65]

bb) PAST CONSIDERATION

Besonderheiten ergeben sich aus dem Grundsatz consideration must not be past. Eine past consideration liegt vor, wenn der Versprechensempfänger (promisee) im Zeitpunkt der Abgabe des Versprechens das bereits getan, unterlassen, erlangt oder weggegeben hat, was auf seiten des Versprechenden (promisor) Motivationsgrundlage für die Abgabe des Versprechens war.[66] Im Recht der guarantee hat dieser Grundsatz die Konsequenz, daß das bloße Bestehen einer Forderung, die gesichert werden soll, keine ausreichende consideration für die Abgabe einer guarantee ist. Leading case in diesem Zusammenhang ist die Entscheidung Wigan v. English and Scottish Law Life Assurance Association:[67]

> The mere existence of a debt from A. to B. is not sufficient valuable consideration for the giving of a security from A. to B.[68]

Dieser Grundsatz gilt auch für das Dreipersonenverhältnis Gläubiger, Schuldner und surety:

> The mere existence of a debt is not sufficient to support the surety's promise to the creditor.[69]

Die Auswirkungen sind enorm, wie der folgende Fall zeigt:[70] Die Klägerin überließ einem Dritten im Rahmen eines Hire-Purchase-Agreement einen Gebrauchtwagen, für den eine Anzahlung sowie 30 monatliche Raten zu bezahlen waren. Dieser Vertrag wurde am 18. Mai 1962 geschlossen, und am gleichen Tag erfolgte die Übergabe des Wagens. Am 22. Mai 1962 unterzeichnete ein Direktor der beklagten Händlerin eine guarantee "in consideration of your hiring ... to the hirer the motorcar", mit der unter

anderem für die pünktliche Bezahlung der Raten gegenüber dem klagenden Finanzierungsinstitut eingestanden werden sollte. Als der hirer seinen Verpflichtungen nicht nachkam, klagte die Klägerin aus der guarantee. Die Klage wurde kostenpflichtig abgewiesen, denn das als consideration gedachte hiring wurde als past consideration qualifiziert, da das zu sichernde Geschäft im Zeitpunkt der Abgabe der guarantee bereits vollständig abgeschlossen war.

Hier zeigt sich, daß ein abstrakter Sicherungszweck für sich allein noch kein guter Grund ist, ein Versprechen zur Sicherung eines Rechtsgeschäfts mit Bindungswirkung auszustatten. Hinzukommen muß vielmehr eine konkrete Gegenleistung, die im Hinblick auf das Versprechen erbracht wird. In dem oben angesprochenen Fall hätte das zum Beispiel eine noch zu vollziehende Übergabe des Fahrzeugs sein können.

cc) AMALGAMATED INVESTMENT & PROPERTY CO. LTD. V. TEXAS COMMERCE INTERNATIONAL BANK LTD.[71]

Gegenstand der Entscheidung war die Frage, ob einer guarantee der Klägerin zugunsten der Beklagten Wirksamkeit beizumessen ist.

Interessant ist die unterschiedliche Bewertung dieser Entscheidung in der Literatur. So wird bei Rowlatt [72] die Ansicht vertreten, durch diese Entscheidung könne die Rechtsfigur des estoppel einem eigentlich unentgeltlichen Versprechen Wirksamkeit verleihen. Atiyah [73] geht noch weiter, indem er sagt: "In special circumstances, estoppel may replace the need for consideration." Demgegenüber vertritt Treitel [74] die Auffassung: " There could be no doubt that that promise was supported by consideration."

Selbst in der Entscheidung des Court of Appeal treten zwischen den befaßten Lordrichtern eklatante Meinungsunterschiede im Rahmen der obiter dicta auf. Eveleigh L.J. ist der Ansicht, daß, wäre die Beklagte als Klägerin aus der guarantee vorgegangen, einer solchen Klage kein Erfolg beschieden gewesen wäre.[75] Brandon L.J. scheint dagegen eher dazu zu neigen, auch der Gläubigerin der guarantee einen durchsetzbaren Anspruch gegen den surety zu gewähren,[76] eine Ansicht, die von Lord Denning M.R. geteilt wird.[77]

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die in England ansässigen Parteien des Rechtsstreits standen unter anderem

wegen der Finanzierung eines Bauvorhabens auf den Bahamas in Geschäftsverbindung. Dort hatte die Klägerin A.I.P. eine einhundertprozentige Tochtergesellschaft A.N.P.P. Die Beklagte B gewährte A.N.P.P. über ihre ebenfalls auf den Bahamas ansässige, einhundertprozentige Tochter P ein Darlehen in Höhe von $ 3,25 Millionen. Dieser ursprünglich so nicht vorgesehene Auszahlungsweg war gewählt worden, da es nach dem auf den Bahamas geltenden Recht ausländischen Banken untersagt ist, ohne Genehmigung Handel zu treiben. Neben einer von A.N.P.P. gewährten mortgage gab die Klägerin am 28. September 1970 zur weiteren Sicherung des Darlehens folgende guarantee ab:

> We, A.I.P. (the guarantor) in consideration of your (B) from time to time ... giving credit ... to A.N.P.P. (the principal), hereby unconditionally guarantee and agree with you as follows ...
>
> 1. The guarantor will pay to you on demand all moneys which are now or at any time or times hereafter due or owing or payable to you ...

Am 31. Dezember 1970 erfolgte die Auszahlung des Darlehens durch P, und es wurde als von P gewährt in den Büchern von A.N.P.P. verbucht.

In den Jahren 1974 und 1975 gingen sowohl A.I.P. wie auch B davon aus, daß die guarantee wirksam sei, obwohl ja nicht B, sondern P Gläubigerin des an A.N.P.P. gewährten Darlehens war.

Später geriet A.I.P. in finanzielle Schwierigkeiten, und ihre Liquidation wurde im Mai 1976 angeordnet. Wegen anderer Forderungen hatte B bereits Sicherheiten in England realisiert, die einen Überschuß von $ 750.000,-- erbrachten. Ein Defizit in annähernd gleicher Höhe ergab sich nach Realisierung der für das Darlehen von A.N.P.P. an P bestellten mortgage. B verrechnete beide Forderungen miteinander.

Der Liquidator von A.I.P. klagte nun auf Feststellung, daß eine Haftung von A.I.P. aus der guarantee für die Forderung gegen A.N.P.P. ausgeschlossen wäre, wobei er sich zur Begründung im wesentlichen darauf stützte, daß die guarantee von ihrem Wortlaut her nur Forderungen von B gegen A.N.P.P. umfaßte, nicht jedoch Forderungen von P gegen A.N.P.P.

Die Klage wurde in beiden Instanzen mit unterschiedlicher Begründung abgewiesen.

/ 18

Der in erster Instanz mit der Entscheidung befaßte Richter Robert Goff lehnte es ab, die guarantee im Wege der Auslegung dahin zu erweitern, daß sie auch ein Darlehen von P erfassen sollte.[78] Er bezog sich auf den eindeutigen Wortlaut der guarantee, die lediglich von B geleistete Zahlungen zum Gegenstand hatte. Er verwehrte es jedoch A.I.P. unter Bezugnahme auf die Rechtsfigur des estoppel [79], sich auf die Unwirksamkeit der guarantee zu berufen:

> I am satiesfied to hold that the plaintiffs are estopped from denying the invalidity of their guarantee is permissible, despite the general principle that neither law nor equitiy will enforce a purely gratitious promise. For, by confirming the bank's erroneous belief that the guarantee was binding and effective and covered the Nassau loan the plaintiffs contributed to the continuance of the bank's error as to the true legal effect or, rather, lack of legal effect of that document, and to the bank's failure to take the opportunity of putting matters right.[80]

Das Prinzip der consideration war für ihn kein unüberwindliches Hindernis, um zu diesem Ergebnis zu gelangen, vielmehr sei die Rechtsfigur des estoppel "an inroad upon that doctrine."[81]

Die Frage nach der consideration und ihrem Verhältnis zum estoppel waren für den Court of Appeal nicht die die Entscheidung tragenden Gesichtspunkte. Die drei befaßten Richter gelangten zwar zu dem gleichen Ergebnis wie die Vorinstanz. Für sie war jedoch entscheidend, daß die guarantee mit Blick auf die außerhalb der Urkunde liegenden Umstände auch solche Forderungen umfassen sollte, die P gegen A.N.P.P. hatte. Lord Denning stellte hierbei darauf ab, daß P nur das andere Ich von B [82] gewesen sei, "a puppet which danced to the bidding of the parent company" [83]. Die Lordrichter Eveleigh [84] und Brandon [85] hielten dagegen den Wortlaut der Urkunde für weit genug, um auch die haftungsbegründenden,aber außerhalb der Urkunde liegenden Umstände in sie hineinzulesen.

Allerdings machte auch der Court of Appeal im Rahmen der obiter dicta umfangreiche Ausführungen zur Frage des estoppel. Dabei ergriff Lord Denning die Gelegenheit, um die von ihm in der High-Trees-Entscheidung [86] mitentwickelte Rechtsfigur des promissory estoppel zu einem allgemeinen Rechtsprinzip folgenden Inhalts weiterzuführen:

> When the parties to a transaction proceed on the basis of an underlying assumption-either of fact or of law-whether due to misrepresen-

> tation or mistake makes no difference-on which they have conducted the dealings between them-neither of them will be allowed to go back on that assumption when it would be unfair or unjust to allow him to do so. If one of them does seek to go back on it, the courts will give the other such remedy as the equity of the case demands.[87]

Bei einer bedenkenlosen Anwendung dieses Prinzips kann man nun in der Tat die Ansicht vertreten, daß ein Versprechen, für das keine consideration gegeben wurde, dennoch wirksam ist, wenn nur anhand der feststellbaren Umstände davon auszugehen ist, daß Versprechender und Versprechensempfänger bei ihrem weiteren Verhalten ihre Gebundenheit vorausgesetzt haben und keine Billigkeitserwägungen gegen die Durchsetzbarkeit des Versprechens vorliegen.

Einen solchen Schluß halte ich jedoch aus verschiedenen Gründen für unzulässig. Zunächst kann im vorliegenden Fall mit Treitel davon ausgegangen werden, daß die B "ihren Preis" für die Abgabe der guarantee durch A.I.P. bezahlt hat, denn im Hinblick darauf hat sie an P ausbezahlt und dafür gesorgt, daß P die Darlehenssumme an A.N.P.P. weiterleitete. Nach dem Grundsatz "consideration must move from the promisor, but not move to the promisee", kann von einem unentgeltlichen Versprechen keine Rede sein.[88]

Zu Recht wurde daher geprüft, ob die Worte"in consideration of your giving credit" in der Urkunde der Auslegung zugänglich sind, mit dem Ziel, das "your" auch auf ein vollständig von B beherrschtes Tochterunternehmen zu erweitern. Nach allgemeinen Grundsätzen ist dies dann zulässig, wenn es ein Schriftstück unbestimmten Inhalts ist und die durch Beweis ermittelte Auslegung der Begriffe den Sinngehalt der Urkunde weder verändert noch variiert.[89] Hier war das "your" insofern ungenau, als damit auch diejenigen Rechtspersönlichkeiten hätten gemeint sein können, die in völliger Abhängigkeit von B standen. Da P ohne B nicht handlungsfähig war, jede Handlung von P also B zugerechnet werden konnte und das "your", bezogen auf B, lediglich insoweit ergänzt wurde, daß auch P hiermit gemeint sei, gibt es gegen die vom Court of Appeal vorgenommene Auslegung im Ergebnis nichts einzuwenden, denn letztlich war der Auszahlungsmodus für das gesamte Rechtsgeschäft von nur nachgeordneter Bedeutung.

Aber auch aus allgemeinen Erwägungen heraus bin ich der Ansicht, daß die consideration nach wie vor unverzichtbarer Bestandteil des englischen Vertragsrechts ist, wobei dies ohne Einschränkung für die Entstehungslagen gilt, Differenzierungen allenfalls bei nachträglichen Vertragsänderungen oder dem

Erlöschen von Schuldverhältnissen denkbar sind.

Wenn auch Lord Denning selbst mit dem oben formulierten Prinzip einer Partei jeden angemessenen Rechtsbehelf gewähren will, hierin eingeschlossen eine "cause of action", so ist damit nicht gemeint, daß dieses Prinzip neue "causes of action" begründen soll, die vorher nicht existent waren.[90]

Cause of action bedeutet nichts anderes als eine tatsächliche Gegebenheit, deren Vorhandensein eine Person berechtigt, von einem Gericht einen Rechtsbehelf zu bekommen, wobei sich die erforderlichen Tatsachen aus dem statement of claim ergeben müssen.[91] Diese Klagebegründung setzt bei einer Klage aus einem Vertrag voraus, daß unter anderem bei einem nichtgesiegelten Vertrag die consideration vorgetragen werden muß.[92] Diejenigen Tatsachen, aus denen sich ein estoppel ergeben könnte, sind für sich allein nicht geeignet, um eine "cause of action" auszulösen.[93] Diesen Gesichtspunkt hat Lord Denning so formuliert:

> Seeing that the principle never stands alone as giving a cause of action in itself, it can never do away with the necessitiy of consideration, when that is an essential part of the cause of action. The doctrine of consideration is too firmly fixed to be overthrown by a side-wind.[94]

Die Befürchtung von Lordrichter Roskill [95] scheint daher unbegründet, denn mit dem Rechtsinstitut des estoppel, das durch die hier ausführlich dargestellte Entscheidung seine Ausprägung vom promissory estoppel zum estoppel by convention erfahren hat, soll keinesfalls bewirkt werden, das Erfordernis der consideration als Bestandteil einer Klage aus Vertrag hinterrücks zu beseitigen.

Zusammenfassend ist zu bemerken, daß das agreement allein zwar bindende Wirkung entfaltet, jedoch mit dieser Bindungswirkung noch nichts über die materiell-rechtliche Durchsetzbarkeit einer guarantee gesagt ist. Hierfür muß zusätzlich noch das Erfordernis der consideration erfüllt sein. Da sich das Versprechen aus der guarantee naturgemäß auf eine Rechtsbeziehung zu einem Dritten bezieht und der Gläubiger seine Gegenleistung in aller Regel diesem Dritten gegenüber erbringt, wird die guarantee erst mit der Erbringung dieser Gegenleistung wirksam. In diesen Fällen hat daher die consideration den Rang einer condition precedent, denn erst mit dem Eintritt dieser Bedingung (zu liefern, Kredit zu gewähren, zu stunden) wird die guarantee gerichtlich durchsetzbar.[96]

Dieses Ergebnis hängt letztlich mit dem Grundsatz der privity of contract zusammen, der besagt, daß ein Vertrag nur Wirkungen zwischen den Parteien entfaltet.[97] Wenn daher im Verhältnis surety/Gläubiger der Gläubiger verspricht, an den Hauptschuldner etwas zu leisten, so kann dieser hieraus keine Rechte herleiten. Der Gläubiger ist ihm gegenüber nämlich nicht verpflichtet. Solange er aber nicht verpflichtet ist, hat er auch keinen Preis für die Abgabe der guarantee bezahlt, weswegen dieses Versprechen allein noch nicht durchsetzbar ist.

Etwas anderes gilt, wenn die consideration in der Stundung der zu sichernden Forderung besteht. Hier bezahlt der Gläubiger seinen Preis bereits damit, daß er davon Abstand nimmt, ein ihm zustehendes Recht in Anspruch zu nehmen, ohne daß es darauf ankäme, daß sich der Hauptschuldner auf diese Abrede berufen kann.

2. DIE FORM DES VERTRAGES

Um eine wirksame guarantee in einem Rechtsstreit durchsetzen zu können, muß sich der surety durch eine schriftliche Erklärung verpflichten. Dieses Formerfordernis folgt aus s. 4 Statuteof Frauds 1677:

> ... noe action shall be brought ... whereby to charge the defendant upon any special promise to answere for the debt, default or miscarriages of another person ... unlesse the agreement upon which such action shall be brought or some memorandum or note thereof shall be in writing and signed by the partie to be charged therewith or some other person thereunto by him lawfully authorized.[98]

Während zunächst die Auffassung vertreten wurde, ein Verstoß gegen diese Formvorschrift mache die guarantee nichtig (void)[99], so ist spätestens seit Leroux v. Brown (1852)[100] endgültig klar, daß s. 4 Statute of Frauds 1677 ein prozessuales Erfordernis ist, das die Wirksamkeit des Vertrages nicht berührt:

> I am of opinion, that the fourth section applies not to the solemnities of the contract, but to the procedure. ... The statute in this part of it does not say, that, unless those requisites are complied with, the contract shall be void, but merely that no action shall be brought upon it.[101]

Diese Auffassung wurde 1883 vom House of Lords in der Entscheidung Maddison v. Alderson[102] bestätigt, so daß heute weitgehend Einigkeit be-

steht, daß die fehlende Schriftlichkeit der Verpflichtungserklärung zur unenforceability des contract of guarantee führt.[103]

Kritik hieran, die insbesondere wegen der Konsequenzen dieser Rechtslage im Internationalen Privatrecht laut wurde,[104] vermag letztlich nichts zu ändern. Dies vor allem deshalb, weil erst im Jahre 1966 Nield J. im Zusammenhang mit dem Statute of Limitations erklärt hat, daß dieses Gesetz prozessualer Natur sei, was sich schon allein aus seinem Wortlaut ergebe: ... The following actions shall not be brought ...[105]
Da s. 4 Statute of Frauds 1677 im Hinblick auf guarantees diesbezüglich den gleichen Wortlaut enthält, ist völlig eindeutig, daß die Schriftform prozessuales und nicht materiell-rechtliches Erfordernis einer gültigen Verpflichtung eines surety ist. Ein Grund, weswegen ein englisches Gericht in Zukunft von dieser Rechtsauffassung abweichen sollte, ist jedenfalls für den Bereich von Inlandsfällen nicht ersichtlich.

Dies bedeutet nun jedoch nicht, daß das Gericht die Schriftform der guarantee bei einer Klage gegen den surety von Amts wegen prüft, wenn auch im statement of claim die Schriftlichkeit der guarantee vorgetragen werden sollte.[106] Vielmehr muß die fehlende Schriftlichkeit als Verteidigung besonders gerügt werden, um Berücksichtigung zu finden:[107]

> It is in the option of the defendant in every case whether or not he shall set up the objection which the s. 4 of the Statute of Frauds 1677 enables him to set up.[108]

Mit dem The Statute of Frauds Amendment Act 1828 (Lord Tenterden's Act)[109] wurde eine erfolgreiche Umgehungsmöglichkeit des Statute of Frauds 1677 beseitigt. Hierdurch wurde ein Schriftformerfordernis für Erklärungen geschaffen, die auf die Kreditwürdigkeit und Solvenz eines Dritten gerichtet waren. Dies war notwendig geworden, nachdem es Gerichte ermöglicht hatten, wegen solcher Erklärungen eine deliktische Haftung im Wege des Zeugenbeweises zu begründen.[110]

Eine weitere, für die guarantee wichtige gesetzliche Bestimmung findet sich in s. 3 Mercantile Law Amendment Act 1856.[111] Hiernach ist es nicht erforderlich, daß die consideration aus dem schriftlichen Dokument über die guarantee hervorgeht.

a) ANFORDERUNGEN AN DAS DEN SURETY VERPFLICHTENDE DOKUMENT

Wichtigster Inhalt des Schriftstücks, das eine Haftung des surety bewirken soll, ist die unzweideutige Erklärung, als surety haften zu wollen:

> ... to bind the defendants by a contract of guarantee the language used must express clearly an intention to take on themselves the liability as sureties. If the writing falls short of that or if the expressions used are doubtful or ambigous, no contract of guarantee arises.[112]

Es kommt nicht darauf an, daß eine guarantee als solche in der Urkunde bezeichnet ist. Steht der Verpflichtungswille fest, so kann in begrenztem Umfang auch auf außerhalb der Urkunde liegende Umstände zurückgegriffen werden.[113]

Zu beachten ist, daß sich aus der Verpflichtungserklärung ergeben muß, wofür gehaftet werden soll. S. 3 Mercantile Law Amendment Act 1856 dispensiert zwar von der schriftlichen Fixierung der consideration, das heißt jedoch nicht, daß nunmehr das Versprechen insgesamt im Wege des mündlichen Beweises ermittelt werden kann. Vielmehr muß sich die Hauptschuld, für die eingestanden werden soll, aus der Urkunde ergeben.

> The letter is silent as to the sum to be advanced... it evidently refers to previous conversations in which these particulars were supplied. The whole promise, therefore, is not in writing as the Statute requires that it should be... A party may give parol evidence of the consideration for a guarantee. But a consideration expressed in writing formerly discharged to offices, it sustained the promise and might also explain it. Now, however, parol evidence, though it may supply the consideration, cannot go further, and explain the promise.[114]

Da also das Versprechen inhaltlich festgelegt sein muß und sich sein Inhalt in aller Regel aus der consideration ergibt, beginnen heute noch nahezu sämtliche Urkunden mit der Einführung der consideration, was durch folgende Wortwahl geschieht: "in consideration of your (the creditor) doing this or that, I (the surety) guarantee..."[115]

Die Parteien müssen namentlich bezeichnet oder hinreichend beschrieben sein.[116] Nicht erforderlich ist, daß die zu sichernde Forderung bereits wirksam ist. Es genügt, wenn ihre Entstehung in Betracht gezogen wird.[117]

> There can be no suretyship unless there be a principal debtor, who of course may be constituted in the course of a transaction by matters ex post facto. 118

Hinsichtlich der Unterschrift eines surety oder eines von ihm Beauftragten wird verlangt, daß die Unterschrift in einer Weise geleistet wird, aus der sich ergibt, daß die gesamte Vereinbarung hiervon erfaßt sein soll. Nur der eigenhändig, irgendwo in der Urkunde geschriebene Name reicht nicht aus. [119] Dagegen kommt es nicht darauf an, ob die Unterschrift gedruckt ist oder lediglich aus einem Zeichen oder den Initialen besteht. [120]

Die Verpflichtungsurkunde muß spätestens bei Einreichung der Klage vorliegen. [121]

Wird die guarantee in einer gesiegelten Urkunde geleistet, so ist eine Stempelgebühr von 50p. zu entrichten. [122] Ein Verstoß hiergegen führt dazu, daß die ungestempelte Urkunde im Prozeß als Beweismittel nicht zur Verfügung steht. [123]

b) AUSNAHMEN VON DER FORMBEDÜRFTIGKEIT

Kennzeichnend für die guarantee ist die Übernahme einer Verpflichtung, die sich als accessory, additional oder collateral darstellt. Soweit sich ein Versprechen als original erweist, fehlt es an einer dem Formgebot des Statute of Frauds 1677 unterliegenden Willenserklärung. [124] Atiyah [125] verwendet für diesen Problemkreis die Begriffe der primary (= original) liability sowie als Gegensatz hierzu die secondary liability.

Die Entscheidung der Frage, ob eine Primär- oder Sekundärverbindlichkeit vorliegt, ist naturgemäß mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden.

> If two come to a shop and the one buys, and the other, to gain him credit promises the seller "if he does not pay you, I will" this is a collateral undertaking. [126]

Demgegenüber liegt eine Primärverbindlichkeit vor, wenn der Versprechende erklärt hat:

> You go on and do the work, and I will be your paymaster. I will see you paid. [127]

Colyar hat vorgeschlagen, in Zweifelsfällen mit der Testfrage "to whom is credit given" zu einer Entscheidung zu gelangen. [128] Ich halte dies für ein zutreffendes Abgrenzungsmerkmal, wenn auch nicht für ein Kriterium, das geeignet ist, letzte Zweifel zu beseitigen, denn nicht immer ist der Inhalt der

betreffenden Willenserklärungen eindeutig festzustellen.

Betrachtet man aber die beiden oben zitierten Fälle, so zeigt sich, daß bei der in Birkmeyr v. Darnell angesprochenen Situation [129] der Gläubiger im Vertrauen auf die Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners seine Leistung erbringt und erst bei Nichterfüllung der dem Hauptschuldner obliegenden Zahlungspflicht auf den surety zurückgreift.

Dagegen hat Mountstephen seine Arbeiten nicht ausgeführt, weil er darauf vertraute, das letztlich für die Durchführung der Arbeiten verantwortliche Board of Health werde seine Arbeit bezahlen, sondern vielmehr zeigt sich an der Erklärung Lakemans bei einer objektiven Betrachtungsweise, daß er, Lakeman, haften wolle, unabhängig von der Frage, ob es zu einem förmlichen Auftrag durch das Board of Health kommen werde, und im Vertrauen auf diese Erklärung führte Mountstephen die Arbeiten aus.

Einzelheiten zu dieser Problematik sollen später erarbeitet werden, denn es handelt sich bei diesen Lagen nicht um typische Ausnahmefälle.

Jedoch existieren Fallgruppen von guarantees (Sekundärverbindlichkeiten), die ebenfalls dem Formerfordernis der s. 4 Statute of Frauds 1677 nicht unterliegen. Diese Fälle beruhen in ihrer Substanz auf der Grundüberlegung, daß üblicherweise der surety aus der Abgabe seiner guarantee keinen Vorteil zieht, sondern ein Dritter. Wenn jedoch entgegen dieser Regel auch der surety wegen seiner Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger einen Vorteil hat, so scheint es, daß hierdurch der gesamte Charakter dieses Rechtsgeschäfts geändert wird.[130]

In der Entscheidung Harburg India Rubber Co. v. Martin [131] unterscheidet Vaughan Williams L.J. zwei Fallgruppen, die property cases und die del-credere cases. Daneben existieren die sogenannten indemnity cases, die keine eigene Fallgruppe bilden. Diese Lagen sind im wesentlichen mit denen identisch, die oben als original promises oder Primärverbindlichkeiten bezeichnet wurden. Vaughan Williams ist der Auffassung, daß es sich bei diesen Fallgestaltungen nicht um Fälle außerhalb des Anwendungsbereichs des Statute of Frauds 1677 handelt, sondern um Verträge eigener Art, die mit dieser Vorschrift nichts zu tun haben. [132] Auf sie soll daher erst zu einem späteren Zeitpunkt eingegangen werden.

aa) PROPERTY CASES

Die Reihe der hierzu gehörenden Entscheidungen beginnt mit Williams v. Leper (1766) [133]. Hier hatte der Hauptschuldner sein gesamtes Vermögen seinen Gläubigern übertragen. Diese hatten den beklagten Makler Leper mit dem Verkauf der Vermögensgegenstände beauftragt. Am Tage des Verkaufs erschien der landlord des Hauptschuldners, Williams, um die in dem zum Bewohnen überlassenen Haus befindlichen Gegenstände wegen rückständiger Mietzinszahlungen aufgrund des ihm zustehenden Pfandrechts in Besitz zu nehmen. Daraufhin versprach Leper, den rückständigen Mietzins zu bezahlen, wenn Williams seinerseits von der Ausübung seines Pfandrechts Abstand nehmen wolle. Lord Mansfield war der Ansicht, daß dies kein formbedürftiges Versprechen gewesen sei, denn Leper habe es abgegeben, um die Beschlagnahme der Gegenstände zu verhindern.[134] Yates J. meinte, die Tatsache der Nichtbeschlagnahme sei "an original consideration to the defendant."[135]

Tindal C.J. erklärte in Walker v. Taylor (1834), das Statute of Frauds 1677 finde keine Anwendung "on account of a consideration arising immediately between the parties." [136] Hier hatte der Beklagte ein Zurückbehaltungsrecht an als Sicherheit hinterlegten Bier- und Schnapslizenzen abgelöst, indem er erklärte, er wolle die Rechnung begleichen, die Grund für die Hinterlegung gewesen war, worauf der Kläger die Lizenzen herausgab.

In Fitzgerald v. Dressler (1859) [137] hatte sich der Beklagte verpflichtet, den Kaufpreis für Waren zu bezahlen, um ein gesetzliches Zurückbehaltungsrecht (lien) zu beseitigen, das die ursprünglichen Verkäufer wegen des ihnen noch nicht geleisteten Kaufpreises innehatten. Das Statute of Frauds 1677 kam nicht zur Anwendung, denn Ziel dieses Gesetzes sei es, nur die Verpflichtung desjenigen einem Schriftformerfordernis zu unterwerfen, der kein Interesse an der Verpflichtung gehabt habe. [138]

bb) DEL-CREDERE CASES

Leading case dieser Fallgruppe ist Couturier v. Hastie [139]. Hier hatten die Beklagten an den später bankrotten Verkäufer Getreide verkauft, das im Laufe des Transports verdorben war. Der Verkauf erfolgte im Auftrag der Kläger unter Vereinbarung einer damals im Getreidehandel üblichen

del-credere Provision. Die Beklagten wandten nunmehr die fehlende Schriftlichkeit ihrer "del-credere guarantie " ein. Hierzu führte Parke, B. aus:

> Doubtless, if they had for a per-centage guaranteed the debt owing, or performance of the contract by the vendee, being totally unconnected with the sale, they would be liable without a note in writing signed by them; but being the agents to negotiate the sale the commission is paid in respect of that employment; a higher reward is paid in consideration of their taking care in sales to their customers, and precluding all question whether the loss arose from negligence or not, and also assuming a greater share of responsibility than ordinary agents, namely, responsibility for the solvency and performance of their contracts by their vendees. This is the main object of the reward given to them; and so it may terminate in a liability to pay the debt of another, that is not the immediate object for which the consideration is given.[140]

Hier zeigt sich, wie schon bei den property cases, eine Tendenz, die Frage nach der Formbedürftigkeit daran anzuknüpfen, ob im Verhältnis surety/ Gläubiger eine consideration in der Form eines benefit zugunsten des surety geleistet wurde.

In der Entscheidung Sutton & Co. v. Grey [141] wurde das oben entwickelte Prinzip dann verallgemeinert, indem es nicht nur auf Kaufverträge, sondern auf jede Art von Vereinbarung Anwendung finden sollte. Hier hatten die klagenden Börsenmakler den Beklagten, der nicht an der Börse zugelassen war, die Hälfte ihrer Maklerprovision versprochen, die sie aus Geschäften erzielten, die durch Vermittlung des Beklagten zustandegekommen waren. Der Beklagte hatte sich im Gegenzug verpflichtet, die Hälfte des Verlustes zu tragen, der dadurch entstand, daß durch ihn vermittelte Kunden ihren Verbindlichkeiten nicht nachkamen und nunmehr die Kläger als haftende Börsenmakler hätten bezahlen müssen. Der Einwand der fehlenden Schriftlichkeit wurde zurückgewiesen, und Lord Esher M.R. entwickelte folgende Prüfungsgesichtspunkte:

> There the test given is, whether the defendant is interested in the transaction either by being the person who is to negotiate it or in some other way, or whether he is totally unconnected with the transaction. If he is totally unconnected with the transaction, but is to derive some benefit from it, the contract is one of indemnity, not a guarantee, and s. 4 does not apply.[142]

In der Harburg India Rubber-Entscheidung [143] hatte sich der Beklagte mündlich verpflichtet, für eine titulierte Forderung gegen den Haupt-

schuldner einzustehen, um einen Vollstreckungsaufschub zu erreichen. Vaughan Williams L.J. versuchte nun, die beiden erwähnten Fallgruppen auf ein ihnen gemeinsam zugrundeliegendes Prinzip zu reduzieren:

> In each of those cases there was in truth a main contract - a larger contract - and the obligation to pay the debt of another was merely an incident of the larger contract ... In all those cases there was a larger matter which was the object of the contract. That being the object of the contract that as an incident to it - not as the immediate object, but indirectly - the debt of another to a third person will be paid, does not bring the case within the section.[144]

cc) ABGRENZUNGSFRAGEN

Betrachtet man die Ausnahmefälle insgesamt, so zeigt sich, daß im wesentlichen drei Aspekte für die Abgrenzung herangezogen werden können: zunächst die Frage, ob der surety durch seine Verpflichtung einen Vorteil (consideration) erlangt hat; dann, ob der surety ein Interesse an der Eingehung der guarantee gehabt hat (interest) und schließlich die Frage nach dem Hauptzweck des gesamten Rechtsgeschäfts (main object).

Hinsichtlich des Anknüpfungspunkts consideration wurde schon in Fitzgerald v. Dressler [145] und in Sutton v. Grey [146] darauf hingewiesen, daß dies allein nicht entscheidend für die Frage der Formbedürftigkeit sein könne. Zu Zu Recht hat de Colyar [147] hierzu ausgeführt, daß die Frage nach der consideration im Verhältnis Gläubiger/surety zu Mißverständnissen Anlaß geben könne, denn letztlich sei für die Wirksamkeit einer guarantee eine consideration immer erforderlich. Entscheidend sei vielmehr die Frage nach dem Inhalt des Versprechens. Die inhaltliche Bestimmung des Versprechens ist jedoch genau das Problem, dessen Bewältigung die größten Schwierigkeiten bereitet. Zutreffend ist, daß die Substanz der Erklärung den Weg zur richtigen rechtlichen Beurteilung eines Versprechens zeigt. Hierbei kann der Faktor consideration aber allenfalls eine Kontrollfunktion hinsichtlich der Richtigkeit einer konkreten rechtlichen Würdigung eines Versprechens haben. Dies kann unter Umständen dazu führen, eine vorläufige Beurteilung zu revidieren.

Dabei ist jedoch zu beachten, daß sich diese inhaltsbestimmende Kontrollfunktion nur ergeben kann, wenn die consideration ihren Platz in der Be-

ziehung Gläubiger/surety hat. Allein die üblicherweise die Bindungswirkung begründende consideration aus dem Verhältnis Gläubiger/Hauptschuldner kann eine solche Funktion nicht übernehmen, so daß für den Regelfall die consideration als Abgrenzungsmerkmal wenig einbringt und in die Irre führen kann.

Unbefriedigend an dieser Abgrenzung ist auch, daß die Bestimmung der consideration erhebliche Schwierigkeiten bereiten kann, wenn es darum geht festzustellen, ob der Vorteil für den surety etwas ist, das in den Augen des Gesetzes einen Wert darstellt.[148]

Die Bestimmung der Anforderungen an das Interesse des surety bei der Abgabe seiner guarantee hat Stirling L.J. in der Harburg India Rubber-Entscheidung, wie folgt, beschrieben:

> It seems to me ... the word interest means some species of interest, which the law recognises... the defendant ... had, no doubt a deep interest in the popular sense of the word ... It has been contended that we ought to read the words "interest in the transaction" in a wide sense, and as importing a business interest in the syndicate - that kind of interest which a creditor and a shareholder has in its prospects. To do this would, I think, go a long way to repeal s. 4 of the Statute of Frauds. [149]

Der surety war in diesem Fall der bedeutendste Anteilseigner an der Hauptschuldnerin und damit selbstverständlich an dem Fortgang der Geschäfte interessiert. Anhand welcher Kriterien jedoch eine Abgrenzung zwischen einem rechtlich anerkannten Interesse und einem bloß wirtschaftlichen Interesse zu erfolgen hat, bleibt im dunkeln. Vieles weist darauf hin, daß dieses Interesse nichts anderes ist als eine consideration, denn wer seine Interessen durch ein Rechtsgeschäft verwirklichen kann, hat in der Regel auch einen benefit.

In der Entscheidung Davys v. Buswell [150] können einem dictum von Vaughan Williams L.J. dennoch weitere Hinweise auf die Struktur des Interesses entnommen werden:

> I do not think that in any sense in which the word interest has been used in any of the prior cases on the subject, the plaintiff here had any such interest as would make it true to say that he gave the guarantee by reason of any liability or obligation which existed independently of the guarantee, or he was contracting for the protection of a right.[151]

Dies zeigt, daß sich das Interesse aus einer konkreten Rechtsbeziehung zwischen Gläubiger und surety ergeben muß. Auch das Element des Vertragsabschlusses zum Schutze eines Rechts kann bei einer Gesamtbetrachtung nur bedeuten, daß das zu schützende Recht seinen Sitz in der Rechtsbeziehung Gläubiger/surety hat.

Damit hat aber das Interesse des surety eine eigenständige Rolle als Abgrenzungsmerkmal verloren, denn es geht völlig in dem von Vaughan Williams L.J. entwickelten Ansatzpunkt auf, der den Zweck des Vertrages untersucht und dabei fragt, ob die guarantee lediglich Teil einer umfassenderen Rechtsbeziehung zwischen surety und Gläubiger ist.[152] Zweckrelevante Lagen sind dabei nur solche, die sich in konkreten Rechtsbeziehungen niederschlagen, wenn man seine Ausführungen in der Harburg India Rubber-Entscheidung und in Davys v. Buswell zusammenfaßt. Das Motiv für die Abgabe der guarantee bleibt unberücksichtigt.

> The mere fact that the defendant had ... financed the syndicate to a large extent, and that that was his motive thus coming forward and bargaining for forbearance, cannot make any difference in the object of the contract. That might have been the motive which induced him to make himself answerable for the debt of the syndicate, but it was not the object of the contract. The object was simply to obtain the forbearance of the creditors in respect of the debt. [153]

Diese Abgrenzung ist nachvollziehbar, denn Zweck und Motiv lassen sich trennen, wenn man als Zwecke nur diejenigen Umstände anerkennt, die ihre Ursache in konkreten rechtlichen Beziehungen haben. Wichtig ist, daß bei dieser Betrachtungsweise subjektive Elemente keine Berücksichtigung finden. Dies ist ein elementarer Vorteil, denn es ist in der Tat unlogisch, wenn subjektive Interessen den Ausschlag für oder gegen eine Formbedürftigkeit geben. [154]

Eine häufig zitierte Anmerkung von Williams [155], die nur vor dem Hintergrund der oben besprochenen Fälle verständlich ist, faßt die formbedürftigen Fallgruppen wie folgt zusammen:

> The fair result seems to be, that the question, whether each particular case comes within this clause of the Statute depends ... on the fact of the original party remaining liable, coupled with the absence of any liability on the part of the defendant or his property, except such as arises from his express promise.

Dieses allgemeine, auf objektiven Umständen beruhende Prinzip erfaßt auch den weiter oben entwickelten Gesichtspunkt der consideration, da diese Grundlage jeder vertraglichen Beziehung ist.

dd) SONSTIGE AUSNAHMEN

Persönliche Eigenschaften des surety, die eine Anwendung von s. 4 Statute of Frauds 1677 verhindern, sind dem englischen Recht weitgehend unbekannt. Nur dann, wenn ein Solicitor im Rahmen seiner gerichtlichen Tätigkeit eine mündliche guarantee abgibt, kann der High Court of Justice aufgrund seiner Disziplinargewalt über die bei ihm zugelassenen Solicitors eine Erfüllung dieses Versprechens erzwingen.[156]

Der Umstand, daß eine guarantee von einem erfahrenen Geschäftsmann abgegeben wurde, kann im Rahmen der Beweiswürdigung im Hinblick auf die Anforderungen an ein Schriftstück herangezogen werden. In der Entscheidung V.H.S. Ltd. v. B.K.S. Air Transport and Stevens [157] hatte der zweitbeklagte Direktor der erstbeklagten Gesellschaft einen Mietvertrag im Namen und für die Gesellschaft unterzeichnet und war in der Anfangsformel des Vertrages als guarantor bezeichnet worden, nachdem er eine mündliche guarantee erklärt hatte. Phillimore J. glaubte dem Beklagten seine Einlassung nicht, er habe übersehen, daß er in dem Dokument als guarantor eingesetzt worden war, denn

> ... I find it impossible to believe that Mr. Stevens who is an experienced businessman ... would have failed to observe the insertion of his name and address and description as a guarantor. [158]

Nach seiner Auffassung lag daher eine gültige mündliche guarantee vor, die von einem den Erfordernissen des Statute of Frauds 1677 gerecht werdenden Memorandum unterstützt wurde.

Wer die Erstellung einer schriftlichen Urkunde vorsätzlich verhindert, kann sich später nicht auf den Schutz des Statute of Frauds 1677 berufen:

> I apprehend it is clear, that the Statute of Frauds was never intended to prevent a Court of Equity from giving relief in a case of plain, clear and deliberate fraud.[159]

Neben diesen Ausnahmen und Lockerungen des Formzwanges könnte es unter den Voraussetzungen eines estoppel denkbar sein, daß es einem beklagten surety verwehrt ist, sich auf die fehlende Schriftlichkeit seiner guarantee zu berufen. Zu dieser Frage fehlt es an einschlägigen Hinweisen in der Rechtsprechung, jedoch erscheint es bei der Anwendung des von Lord Denning entwickelten Prinzips[160] denkbar, daß auch eine mündliche guarantee durchsetzbar ist, wenn beide Parteien davon ausgegangen

sind, daß die Wirksamkeit der guarantee hierdurch nicht beeinträchtigt wird, und ihre Handlungen an dieser Vorstellung orientiert haben. Dann kann es dem surety verwehrt sein, sich auf die fehlende Schriftlichkeit zu berufen, sofern die Berufung hierauf unfair und ungerecht wäre. Hierbei darf jedoch nicht übersehen werden, daß diese Ausführungen Dennings nur obiter erfolgten, weswegen ihnen noch keine bindenden Rechtswirkungen beizumessen sind. Die Beweislast für die Voraussetzungen eines estoppel trifft den, der sich hierauf beruft.[161]

3. DAS RECHTSVERHÄLTNIS ZWISCHEN GLÄUBIGER UND SURETY

Die für die guarantee essentiellen Rechtsbeziehungen liegen in dem Rechtsverhältnis Gläubiger/surety. Kennzeichnend für das englische Recht ist es, daß der surety in dieser Beziehung eine von der Rechtsordnung begünstigte Rolle einnimmt.[162] Dies zeigt sich zum Beispiel im Falle einer zweideutigen Verpflichtungserklärung des surety:

> If there is any reasonable ambiguity as between two meanings, it is clear, that the words must be construed most favourably to the surety.[163]

Wie die Rechtsbeziehungen im einzelnen ausgestaltet sind, soll im nachfolgenden näher untersucht werden.

a) AUFKLÄRUNGSPFLICHTEN DES GLÄUBIGERS

aa) ALLGEMEINE AUFKLÄRUNGSPFLICHTEN

Seit der Entscheidung North British Insurance Co. v.Lloyd (1854) [164] ist klar, daß der contract of guarantee dem Gläubiger keine Pflicht auferlegt, alle ihm bekannten Umstände aufzudecken, die für den surety im Hinblick auf seine Verpflichtung von Bedeutung sind:

> It seems to us an incorrect proposition, that the same rule prevails in the case of guarantee as in assurances upon ships or lives, in which it is a settled rule that all material circumstances known to the assured are to be disclosed though there be no fraud in concealment. The non-disclosure of a material fact would not have vitiated the guarantee, unless it had been fraudulently kept back.[165]

Es ist daher gefestigte Rechtsprechung, daß der contract of guarantee kein Vertrag überrimae fidei ist.[166]

Dennoch existieren Fälle, wo es dem surety gelang, sich seiner Haftung zu entziehen, weil ihm für seine Entscheidung wichtige Umstände nicht mitgeteilt wurden, ohne daß eine Täuschungsabsicht vorlag.

In Lee v. Jones [167] hatte sich der Beklagte als surety verpflichtet, bis zur Höhe von £ 100,-- einzustehen. Bei Abgabe der guarantee war der Hauptschuldner gegenüber den klagenden Gläubigern aufgrund eines Kommissionsvertrags mit weit über £ 1.000,-- im Rückstand. Der Beklagte berief sich mit Erfolg darauf, daß eine derartig hohe Hauptschuld ihm gegenüber vor Abgabe seiner guarantee hätte aufgedeckt werden müssen. Blackburn erläuterte diese Rechtsauffassung, wie folgt:

> I think, both on authority and on principle, that, when the creditor describes to the proposed sureties the transaction proposed to be guaranteed (as in general a creditor does), that description amounts to a representation or is at least evidence of a representation, that there is nothing in the transaction, that might not naturally be expected.[168]

Zwei Faktoren konnten hier nach Auffassung von drei Richtern üblicherweise nicht erwartet werden, nämlich, daß die Geschäftsherren einen so hohen Rückstand hatten entstehen lassen und daß eine so große Diskrepanz zwischen der Höhe der Hauptschuld und der angeforderten Sicherheit bestand.

In zwei abweichenden Meinungen von Bramwell B. und Pollock C.B. wurde allerdings sehr dezidiert die Ansicht geäußert, daß die eigene Nachlässigkeit nicht mit dem Recht, sich auf Betrug zu berufen, honoriert werden dürfe [169] und daß eher eine Nachfragepflicht des surety bestünde als eine Informationspflicht des Gläubigers.[170]

Diese dissenting opinions liegen auf der Linie von Hamilton v. Watson (1845) [171], wo Lord Campell in Zusammenhang mit einer guarantee, die gegenüber einer Bank abgegeben wurde, erklärt hatte:

> The surety must put the question and he must gain the information which he requires. [172]

In London General Omnibus Co. Ltd. v. Holloway [173] wurde das Spannungs-

verhältnis zwischen Nachfragepflicht und Informationspflicht wiederum zugunsten des surety entschieden. Hier hatte sich der Beklagte in einer guarantee verpflichtet, für die Loyalität eines Angestellten der Klägerin einzustehen. Bei Abgabe der guarantee wurde dem Beklagten nicht mitgeteilt, daß dieser Angestellte, der schon zuvor von der Klägerin beschäftigt worden war, während dieser Zeit Gelder der Klägerin veruntreut hatte. Vaughan Williams L.J. hat hierzu ausgeführt:

> ... non-disclosure of a fact within the knowledge of the person taking the security material for the surety to know will vitiate the security ... [if] ... the non-disclosed fact is of such a character ... that the non-disclosure constitutes a misrepresentation by reason of the non-disclosed fact being inconsistent with a presumed basis of the contract of suretyship... it [the misrepresentation] may be innocently made ... a creditor must reveal to the surety every fact which under the circumstances the surety would expect not to exist; for the omission to mention that such a fact does exist is an implied representation that it does not. Such a concealment is frequently described as undue concealment.[174]

Hier durfte der surety davon ausgehen, sich für einen unbescholtenen Mann einzusetzen, denn das Schweigen der Klägerin zu dieser Frage erreichte die Qualität einer Erklärung, daß der Angestellte unbescholten sei. Diesen Erklärungswert bezog das Schweigen aus dem Umstand, daß üblicherweise nicht erwartet werden kann, daß ein Gläubiger eine Ehrenerklärung für eine Person verlangt, deren Unehrenhaftigkeit ihm bekannt ist.

Farwell L.J. zieht hier eine interessante Analogie zur Lebensversicherung einerseits und zur Unfallversicherung andererseits. Während bei der Lebensversicherung der Tod als sicheres Ereignis vorausgesetzt wird, tritt bei einer Unfallversicherung das schadenstiftende Ereignis nur vielleicht ein, und die Parteien sind sich dessen bei Abschluß der Verträge bewußt. Gleiches gilt für die guarantee gegenüber einer Bank, bei der die Ausschöpfung des Kreditrahmens durch den Hauptschuldner als sicher erwartet wird, während ein Fehlverhalten im Rahmen eines durch eine Ehrenerklärung gesicherten Dienstverhältnisses lediglich ein ungewisses Ereignis darstellt.[175]

Kennedy L.J. abstrahiert diese unterschiedlichen Ausgangslagen, indem er in Anlehnung an Story [176] in "intrinsic" und "extrinsic circumstances" differenziert. Intrinsic sind diejenigen Faktoren, die wesentliche Vertragsbestandteile bilden, während mit extrinsic solche Umstände bezeichnet werden,

die als Nebensächlichkeiten zwar die Vertragsgestaltung im einzelnen beeinflussen können, ansonsten aber ohne Bedeutung bleiben.[177] Nach seiner Auffassung ist bei einer fidelity bond die Ehrenhaftigkeit des Angestellten "plainly an intrinsic circumstance" [178], während die vorangegangene Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Hauptschuldner bei einer guarantee für die Forderungen der Bank aus dieser Geschäftsbeziehung lediglich nebensächlich ist.[179]

Die Entscheidung, welche Qualität einem Umstand letztlich beizumessen ist, wird aber nicht auf abstrakter Ebene getroffen. Entscheidend ist nämlich, was der surety aus dem Schweigen des Gläubigers zu einem bestimmten Punkt vernünftigerweise schließen darf. Da bei der guarantee gegenüber einer Bank der wahrscheinliche Grund für die Einforderung einer Sicherheit Zweifel an der Bonität des Kunden sind, kann sich der surety nicht mit Erfolg darauf berufen, daß ihm Sachverhalte nicht mitgeteilt wurden, die ihren Ursprung in dem evidenten Sicherungsbedürfnis der Bank haben.[180] Im Ergebnis bedeutet dies, daß im Hinblick auf Umstände, die für den surety von Interesse sind, die jedoch bei einer vernünftigen Betrachtungsweise im Regelfall vorliegen, eine Aufklärungspflicht auf seiten des Sicherungsnehmers nicht besteht.

Diese Rechtsauffassung wurde in zwei weiteren Entscheidungen bestätigt. Danach muß der surety über diejenigen seine Entscheidung beeinflussenden Faktoren aufgeklärt werden, soweit diese von dem abweichen, was er natürlicherweise hätte erwarten dürfen.[181]

Diese Regelung leuchtet ein, jedoch sind mit ihr die üblichen Subsumtionsschwierigkeiten verbunden, die sich aus der Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen ergeben.

In Cooper v. National Provincial Bank [182] hatte die Hauptschuldnerin ihrem Ehemann, der ein Bankrotteur war, Vollmacht über ihr Konto eingeräumt, das von dem surety durch eine guarantee gesichert war. Der Bank als Gläubigerin der guarantee war dies bekannt. Diesen sicher unüblichen Umstand bezeichnete Lawrence L.J. nicht als so ungewöhnlich, daß er hätte mitgeteilt werden müssen. Dabei stützte er seine Argumentation darauf, daß die Einräumung einer Verfügungsbefugnis ein einseitiger Akt des Bankkunden sei, der mit dem Vertragsverhältnis Bank/Kunde nichts zu tun habe.[183]

/ 36

Hieraus kann der Schluß gezogen werden, daß aufklärungsrelevante Sachverhalte ihren Ursprung in dem rechtlichen und tatsächlichen Umfeld desjenigen haben müssen, von dem eine bestimmte Aufklärungshandlung erwartet wird. Ob dies allerdings eine allgemeine Begrenzung des natürlicherweise zu Erwartenden durch eine auf bestimmte Risikosphären begrenzte Verantwortlichkeit ist, kann nicht abschließend gesagt werden. Fest steht lediglich, daß die Gerichte bei guarantees für die redliche Erbringung von Diensten (fidelity bonds) höhere Anforderungen an die Informationspflicht des Gläubigers stellen als bei guarantees, die zur Sicherung von Krediten gegenüber Banken abgegeben werden. [184]

Bezüglich der rechtlichen Folgen einer guarantee trifft den Sicherungsnehmer keine allgemeine Aufklärungspflicht. Dies gilt insbesondere dann, wenn die guarantee gegenüber einer Bank erklärt werden soll und der angehende surety kein Kunde dieser Bank ist. [185]

bb) UNDUE INFLUENCE

Besondere Aufklärungspflichten können sich bei bestimmten Fallgruppen ergeben, die in England unter dem Stichwort "undue influence" zusammengefaßt werden.

Undue influence bezeichnet eine Tatsachenlage, bei der eine Person in unbewußter Weise den Einfluß, den sie auf ihren Vertragspartner hat, einsetzt, um diesen zu einem Vertragsschluß zu bewegen. Liegen solche Tatsachen vor, kann ein Vertrag aufgehoben oder angefochten werden. [186] Während im Normalfall derjenige, der sich auf undue influence beruft, dessen Voraussetzungen zu beweisen hat, wird in besonderen Fällen ein undue influence widerlegbar vermutet. [187] Diese eine Beweislastumkehr bewirkende Vermutung kann entkräftet werden, wenn nachgewiesen wird, daß der von der Vermutung Begünstigte vor Eingehung seiner Verpflichtung von einer unabhängigen qualifizierten Person über die rechtlichen Folgen seines Handelns beraten worden war. [188]

Besondere Bedeutung kommt dabei der Frage zu, ob eine solche Tatsachenlage zwischen Gläubiger und surety bestehen muß, oder ob es genügt, daß der Gläubiger von einer solchen Beziehung im Verhältnis Hauptschuldner/surety Kenntnis hat und sich diese Kenntnis anrechnen lassen muß.

In Archer v. Hudson [189] hatte ein Onkel seine Nichte dazu bewogen, ein gemeinsames Schuldversprechen zu unterzeichnen. Die Nichte war kurze Zeit zuvor volljährig geworden, und bis dahin war ihr Onkel ihr Vormund gewesen. In der Schuldurkunde hatte sie sich als surety verpflichtet, für die Schulden ihres Onkels gegenüber seiner Bank einzustehen. Dem Vertreter der Bank waren die Bindungen der beiden bekannt. Lord Langdale M.R. hat hierzu ausgeführt:

> She, by signing this promissory note for the benefit of her uncle standing in loco parentis, without any consideration or advantage moving towards herself became subject to this liability ... if there be a pecuniary transaction between parent and child, just after the child attains the age of twenty-one years, and prior to what may be called a complete "emancipation", without any benefit moving to the child, the presumption is, that an undue influence has been exercised to procure that liability on the part of the child and that it is the business and the duty of the party, who endeavours to maintain such a transaction, to shew, that that presumption is adequately rebutted.[190]

Der Klage der Nichte auf Freistellung von ihrer Haftung wurde stattgegeben, denn die beklagte Bank konnte den Nachweis nicht erbringen,

> ...that such child is placed in such a position as will enable him to form an entirely free and unfettered judgment, independent altogether of any sort of control ...[191]

Begründet wird dieses Ergebnis damit, daß die Nichte wegen ihrer engen familiären Bindungen zu ihrem Onkel mehr oder weniger gezwungen war, ihre Zustimmung zu dem Geschäft zu geben.

> It would be difficult for her to do anything but consent.[192]

Diese an einem fehlerhaften Konsens orientierte Betrachtungsweise verläuft parallel zu einer auf objektiven Umständen beruhenden Anknüpfung, die ihre Grundlage in der Equity-Maxime " a plaintiff in equity must approach the court with clean hands" hat. Hierunter sind verschiedene Regeln zu verstehen, die bewirken, daß ein bestimmtes Verhalten zur Verweigerung eines Rechtsbehelfs führen kann.[193] Die von Chitty vorgenommene Trennung beider Aspekte [194] ist meines Erachtens nicht gerechtfertigt, denn in Archer v. Hudson stellt Lord Lyndhurst L.C. bei seiner Entscheidung ausdrücklich auf beide Aspekte ab.[195]

In einer weiteren Entscheidung des High Court von Australien [196] hatte die beklagte Bank für ihren Hauptschuldner eine Sicherheit durch dessen Nichte erlangt, und insbesondere Richter Mc Tiernan machte zur Frage

des undue influence eindeutige Aussagen:

> The courts do not intervene in such cases to discourage generosity of folly, but for public policy and utility, to protect persons from being deprived of their property by force of fraud of any kind. A surety is within the protection of this principle. It is important, that creditors should understand that they cannot improve their security taken from persons to whom they have given credit, by inducing them, at the last moment to compel near relatives or persons under their influence and not in the situation to resist their importunity to pay their debts. Nor can a creditor take advantage of security if he has notice that it has been obtained by such means.[197]

Diese Entscheidungen zeigen, daß eine guarantee auch gegenüber dem Gläubiger für unwirksam erklärt werden kann, wenn dieser von den besonderen Bindungen zwischen Hauptschuldner und surety Kenntnis hat.

Neben den Rechtsbeziehungen zwischen Eltern oder Vormund und Kind, die geeignet sind, diese Vermutung auszulösen, gilt gleiches für die Beziehung zwischen trustee und beneficiary,[198] Solicitor und Mandant sowie weiteren Fallgruppen.[199] Unter Ehegatten gilt die Vermutung nicht. Hier bleibt der sich auf undue influence berufende Ehegatte beweispflichtig.[200]

In der Entscheidung Lloyds Bank Ltd. v. Bundy [201], die in der Bankpraxis für erheblichen Unmut sorgte, hat Lord Denning versucht, verschiedene Entscheidungen zu einem allgemeinen Prinzip zu verbinden, das auf derartige Rechtsbeziehungen Anwendung finden kann.

Hier hatte ein Vater für die Geschäfte seines Sohnes Sicherheit geleistet und sein gesamtes Vermögen eingesetzt. Die entsprechenden Verpflichtungserklärungen wurden von ihm in seinem Haus in Gegenwart seines Sohnes und dessen Ehefrau sowie dem zuständigen Bankangestellten unterzeichnet. Vater und Sohn waren langjährige Kunden derselben Bank. Nach einer umfassenden Analyse verschiedener Entscheidungen kommt Lord Denning zu folgendem Rechtsprinzip:

> Gathering all together, I would suggest, that through all these instances there runs a single thread. They rest on 'inequality of bargaining power'. By virtue of it, the English Law gives relief to one who, without independent advice, enters into a contract on terms which are very unfair, or transfers property for a consideration which is grossly inadequate, when his bargaining power is grieviously impaired by reasons of his own needs or desires, or

> by his own ignorance or infirmity, coupled with undue influences or pressures brought to bear on him by for the benefit of the other.[203]

Hierunter subsumierte er die Tatsachen, daß

1. der von der Bank bezahlte Preis außer Verhältnis zu der Leistung des Vaters stand,
2. zwischen Vater und Bank ein Vertrauensverhältnis bestand und der Vater sich daher auf die Empfehlungen der Bank verließ und die Bank dieser Vertrauenserwartung nicht entsprach, weil sie zuließ, daß sich der Vater durch die abgeschlossenen Verträge ruinierte,
3. zwischen Vater und Sohn eine Beziehung bestand, die durch seine natürliche Zuwendung großen Einfluß auf seine Entscheidung hatte, und
4. die Bank trotz dieser Interessenkonflikte nicht dafür Sorge getragen hatte, daß der Vater vor seinen Verpflichtungserklärungen von einer unabhängigen Person beraten wurde.

Sir Eric Sachs legte in seinem Urteil den Schwerpunkt auf den Aspekt, daß zwischen der Bank und dem Vater aufgrund der langjährigen Geschäftsbeziehungen ein Vertrauensverhältnis entstanden war, kraft dessen die Bank verpflichtet war, den Vater über die möglichen Folgen seines Handelns zu belehren. Diese Belehrungspflicht und das evidente Sicherungsbedürfnis, Umstände also, die hier diametral zueinander standen, führten notwendigerweise zu einem Interessenkonflikt, der nur dadurch hätte gelöst werden können, daß die Bank vor der Verpflichtungserklärung für unabhängigen Rat sorgte.[204] Er machte deutlich, daß eine so weitgehende Pflicht zwischen Bank und Kunde im Normalfall nicht bestehe. Nur dann, wenn die Bank ihren Kunden auch über allgemeine Fragen berät, können die jeweiligen Umstände eines Falles eine umfassende Analyse der Rechtsbeziehungen erforderlich machen. Diese Analyse kann dann dazu führen, daß eine Pflicht entsteht, die der Bank auferlegt, für die Einholung eines unabhängigen Ratschlages Sorge zu tragen.

> ... it seems necessary to point out that nothing in this judgment affects the duties of a bank in the normal case where it obtains a guarantee, and in accordance with standard practice explains to the person about to sign its legal effect and the sums involved. When, however, a bank, as in this case, goes further and advises on more general matters germane to the wisdom of the transaction, that indicates that it may - not necessarily must - be crossing the line into the area of confidentiality so that the court may then

> have to examine all the facts including, of course, the history leading up to the transaction, to ascertain whether or not that line has, as here, been crossed ... it is simply a question for "meticulous examination" of the particular facts to see whether that duty has arisen.[205]

In der am 7. März 1985 ergangenen Entscheidung des House of Lords in National Westminster Bank plc. v. Morgan [206] wurde die ratio decidendi von Sir Eric Sachs bestätigt, während das von Lord Denning entwickelte Prinzip für unzutreffend gehalten wurde, soweit diese Rechtsfrage mit der Figur der "inequality of bargaining power" bewältigt werden sollte.

> The fact of an unequal bargain will, of course, be a relevant feature in some cases of undue influence. But it can never become an appropriate basis of principle of an equitable doctrine.[207]

Während Sir Eric Sachs den Begriff des Vertrauensverhältnisses für entscheidend hielt, stellte Lord Scarman darauf ab, ob zwischen den Parteien eine Beziehung bestand, in der eine der Parteien einen beherrschenden Einfluß auf die andere Partei hatte. Auch wurde in dieser Entscheidung klargestellt, daß inhärenter Bestandteil der presumption of undue influence ein offensichtlicher Nachteil des Rechtsgeschäfts für den Beeinflußten ist.

> Similarly a relationship of banker and customer may become one in which the banker acquires a dominating influence. If he does, and a manifestly disadvantageous transaction is proved, there would then be room for the court to presume that it resulted from the exercise of undue influence.[208]

Dies hat zur Folge, daß jeder potentielle Gläubiger einer guarantee zunächst seine eigene Rechtsbeziehung zum surety im Auge behalten muß. Zeigt sich hierbei, daß zwischen surety und Gläubiger eine Beziehung besteht, kraft derer der Gläubiger einen beherrschenden Einfluß auf den surety hat, so kann diese Beziehung bewirken, daß der Gläubiger, wenn er eine unantastbare Rechtsstellung erlangen will, bestimmte Pflichten zu erfüllen hat. Diese Pflichten bestehen darin, daß er den surety informieren muß, und zwar so, daß sich der surety ein eigenes, wohlabgewogenes Urteil über die guarantee machen kann. Im einzelnen bedeutet dies, daß der Gläubiger nicht nur deutlich machen muß, er, der surety, könne durch seine guarantee alles verlieren,[209] sondern vielmehr müßte der Gläubiger auch die Frage nach dem wirtschaftlichen Sinn einer Verpflichtung stellen, die allein seinem Sicherungsbedürfnis Rechnung trägt und die Interessen des Sicherungsgebers völlig außer acht läßt.[210]

Selbstverständlich kann von einem Gläubiger in der Praxis nicht erwartet werden, daß er in fataler Weise gegen seine Interessen handelt, indem er dem surety von der Eingehung der guarantee abrät. Die einzige gangbare Alternative für ihn ist, dem surety vor seiner Verpflichtung die Möglichkeit einzuräumen, einen unabhängigen Ratschlag einzuholen, um ihm so ein abgewogenes Urteil zu ermöglichen.

Ob dies genügt, oder ob der Sicherungsnehmer den Nachweis erbringen muß, daß der surety vor der Abgabe seiner Verpflichtungserklärung tatsächlich beraten wurde, ist eine unentschiedene Frage. In der Literatur wird teilweise letzteres vertreten, [211] die Gerichte jedoch machen hierzu keine eindeutige Aussage.

Aber nicht nur die Rechtsbeziehung Gläubiger/surety bedarf einer Überprüfung, sondern auch dann, wenn der Gläubiger von einer besonderen Beziehung zwischen Hauptschuldner und Sicherungsgeber Kenntnis hat, die die freie Willensbetätigung des surety einschränken könnte, ist es unter Umständen erforderlich, daß er die oben dargestellten Schritte einleitet, um eine unantastbare Rechtsstellung zu erlangen.

Zusammenfassend ist zu dieser Problematik zu sagen, daß sich die Gerichte die Möglichkeit einer dem Einzelfall gerecht werdenden Entscheidung offenhalten wollen. Dies wird besonders deutlich durch ein dictum von Lord Scarman in der National Westminster Bank-Entscheidung:

> ... I would wish to give a warning. There is no precisely defined law setting limits to the equitable jurisdiction of a court to relieve against undue influence. This is the world of doctrine, not of neat and tidy rules.[212]

Wegen dieser Einstellung der Gerichte wird daher der Ruf nach dem Gesetzgeber laut, der für diese schwierigen Rechtsfragen wohlüberlegte Rechtsnormen schaffen soll, die an die Stelle der zu allgemeinen und unbestimmten Prinzipien treten.[213] Ob dies allerdings sinnvoll ist, wage ich zu bezweifeln, denn letztlich sind solche Entscheidungen immer an der Billigkeit orientiert und damit einer gesetzlichen Definition, die eine klarere Regelung bringt, weitgehend entzogen, da Grundlage einer Billigkeitsentscheidung nie ein allgemeines Prinzip sein kann, sondern immer nur die jeweilige Tatsachengrundlage eines Interessenkonflikts.[214]

b) DIE HAUPTPFLICHT DES SURETY

Während den surety vor Abschluß der guarantee keine besonderen Pflichten treffen, gilt es nun zu untersuchen, welchen wesentlichen Inhalt die von ihm übernommene vertragliche Verpflichtung hat. Diese Frage war Gegenstand einer Entscheidung des House of Lords aus dem Jahre 1972, und es überrascht, daß dieser grundlegende Aspekt erst zu einem so späten Zeitpunkt höchstrichterlich entschieden wurde. In Moschi v. Lep Air Services Ltd.[215] hatte sich der Beklagte verpflichtet, für die Erfüllung eines Ratenzahlungsvertrags hinsichtlich ausstehender Forderungen der klagenden Gläubigerin gegen die Hauptschuldnerin einzustehen. Nachdem die Hauptschuldnerin ihren Verpflichtungen hieraus nicht nachkam, beendete die Klägerin den Ratenzahlungsvertrag und verlangte nunmehr die noch ausstehende Summe von dem Beklagten. Dieser stellte sich auf den Standpunkt, er habe sich nur zur Zahlung der Raten verpflichtet; da aber nach der Vertragsbeendigung keine Raten mehr fällig werden könnten, sei er von seiner Verpflichtung frei geworden, denn nach der Vertragsbeendigung bliebe dem Gläubiger lediglich eine Schadensersatzforderung gegen die Hauptschuldnerin; für eine solche Forderung habe er sich aber nie verpflichtet.

Die Revision des surety blieb erfolglos, und er wurde zur Zahlung verurteilt, denn

> ... the suggested rule would make nonsens of the whole commercial purpose of suretyship; you would lose your guarantor at the very moment you most need him.[216]

Allerdings war das House of Lords gezwungen, grundlegende Aussagen zur Struktur der guarantee zu machen.

> It follows from the legal nature of the obligation of the guarantor to which the contract of guarantee gives rise that it is not an obligation himself to pay a sum of money to the creditor, but an obligation to see to it, that another person, the debtor, does something; and that the creditor's remedy for the guarantor's failure to perform it lies in damages for breach of contract only. That this was so, even where the debtor's obligation that was subject of the guarantee was to pay a sum of money, is clear from the fact that formerly the form of action against the guarantor which was available to the creditor was in special assumpsit and not in indebitatus assumpsit.[217]

Zu dem historischen Approach Lord Diplocks ist anzumerken, daß der Unterschied zwischen den beiden Klageformen in den verschiedenartigen

Anforderungen an die Klagebegründung besteht. Während es für das indebitatus assumpsit genügte, die die Klage begründenden Tatsachen in summarischer Form darzustellen,[218] mußte für das special assumpsit das zugrundeliegende Rechtsgeschäft detailliert geschildert werden und war nicht"in lieu of debt", sondern sollte den Bruch eines Versprechens sanktionieren.[219] Das bedeutet, daß der aus einer guarantee klagende Gläubiger nicht einen Erfüllungsanspruch aus der guarantee durchsetzen kann, sondern lediglich einen Schadensersatzanspruch gegen den surety innehat.[220]

Die Hauptpflicht des surety aus seiner guarantee besteht also darin, den Hauptschuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit aus dem gesicherten Hauptschuldverhältnis anzuhalten.[221]

> The surety is a guarantee; and it is his business to see whether the principal pays, and not that one of the creditor.[222]

Verletzt der Hauptschuldner seine Verpflichtungen, so impliziert dies eine Vertragsverletzung des surety, die diesen zum Schadensersatz verpflichtet.

c) DIE VORAUSSETZUNGEN DER INANSPRUCHNAHME DES SURETY

Grundregel bei der Inanspruchnahme des surety ist, daß seine Verpflichtung dann entsteht, wenn der Hauptschuldner seinen Verpflichtungen nicht nachkommt.

> The right of action arises on a default by the principal debtor and therefore the surety becomes immediately liable to the full extent of his obligation.[223]

Default bedeutet in diesem Zusammenhang, etwas nicht zu tun, was in Anbetracht der Rechtsbeziehungen zwischen Gläubiger und Hauptschuldner hätte getan oder auch unterlassen werden sollen.[224]

> If at any time and for any reason the principal debtor acts or fails to act as required by his contract, he not only breaks his own contract but he also puts the guarantor in break of his guarantee.[225]

Diese Regel wird dadurch relativiert, daß nach den Umständen des Einzelfalles weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssen. Stichwort hierfür ist die Erfüllung der conditions precedent. Dieser Begriff, der ansatzweise bereits oben in Zusammenhang mit der consideration aufgetaucht ist,[226]

bezeichnet die Rechtslage zwischen den Parteien, daß ihre Verpflichtungen aus einem Rechtsgeschäft nur dann wirksam werden, wenn bestimmte Tatsachen vorliegen oder weitere Umstände sich ergeben, wobei, abhängig von den Beziehungen im einzelnen, unterschiedliche Schlußfolgerungen zu ziehen sind.[227] Eine Darstellung verschiedener Entscheidungen in diesem Zusammenhang soll die Aspekte dieser Problematik aufzeigen.

In Holl v. Hadley (1835) [228] hatten sich die Gläubiger verpflichtet, den surety erst in Anspruch zu nehmen

> ... on failure of plaintiffs' utmost efforts and legal proceedings to obtain the same from the principal.

Da die Kläger mehr als zwei Jahre gewartet hatten, bevor sie gegen den Hauptschuldner vorgingen, kam das Gericht zu dem Ergebnis,

> ... that the utmost efforts were never made, and consequently that they have not performed the condition imposed on them, which was made precedent to their right to sue on the guarantee.[229]

Vice-Chancellor Page-Wood, gegen dessen Entscheidung in Evans v. Bremridge [230] ein erfolgloses Rechtsmittel eingelegt wurde, entschied, daß der Umstand, daß ursprünglich zwei co-sureties für die Verbindlichkeit einstehen sollten, die Vertragsurkunde jedoch lediglich von einem surety ausgefertigt worden war, zur Befreiung dieses surety führte.

> I must hold, that the original intention of the parties to this indenture ceased to continue when Bradley [the prospective co-surety] did not execute it. It is therefore impossible for me to hold the plaintiff bound by the deed, even as to the moiety ... I am of opinion, that he is entitled to have the deed delivered up to be cancelled.[231]

In der Berufungsentscheidung stützte sich Knight-Bruce L.J. auf den Aspekt, daß die Beklagten dem Kläger Pflichten auferlegen wollten, die dieser nie übernommen hatte, denn er wollte lediglich mit Bradley gemeinsam haften und nicht allein. [232]

Diese Rechtsprechung wurde in James Graham & Co. (Timber) Ltd. v. Southgate Sands and others eindrucksvoll bestätigt.[232a] Hier hatte die klagende Gläubigerin eine Forderung gegen eine Gesellschaft. Als diese in Zahlungsschwierigkeiten geriet, verlangte sie eine guarantee der drei Direktoren der Hauptschuldnerin; als Gegenleistung wollte die Gläubigerin

für die Dauer eines Jahres von der Durchsetzung der Hauptschuld absehen. Nachdem die Hauptschuldnerin in Liquidation gegangen war, klagte die Gläubigerin aus der guarantee. Dabei stellte sich heraus, daß eine der Unterschriften der Direktoren auf der schriftlichen Verpflichtungserklärung gefälscht war. Damit stellte sich die Frage, ob die Nichtunterzeichnung durch einen intendierten co-surety die guarantee insgesamt wirkungslos machte oder ob der beklagte co-surety, der die guarantee unstreitig unterzeichnet hatte, hieraus eine Verteidigung ableiten konnte, weil er gegen den fehlenden co-surety keinen Ausgleichsanspruch hatte. Die Klägerin wußte bis zur gerichtlichen Durchsetzung der guarantee nichts von der Fälschung. O'Connor L.J. kam zu dem Ergebnis, daß der Beklagte nicht haftete.

> I do not think it makes any difference in law that the plaintiff did not know that Whitfield's signature was forged The fact is that they are seeking to charge the defendant with a contract into which he did not enter. He is not liable in law. There is no plea of estoppel against the defendant ... It was the plaintiffs' duty to get the guarantee executed by all three sureties.[232b]

Der Entscheidung Bradford Old Bank v. Sutcliffe [233] lag eine Verpflichtung der klagenden Gläubigerin zugrunde, wonach diese von dem beklagten surety Zahlung nur dann verlangen konnte, wenn sie diesen vor der Inanspruchnahme zur Zahlung aufgefordert hatte. Pickford L.J. war der Ansicht, daß im Falle der Verpflichtung eines surety der Begriff "on demand" bewirke, daß der Anspruch des Gläubigers im Sinne einer cause of action erst nach der Aufforderung des surety entstehe.[234]

In Eshelby v. Federated European Bank [235] hatte sich der beklagte surety verpflichtet, für die Bezahlung einer Forderung einzustehen, die aus der Erbringung von Reparaturleistungen am Gebäude des Hauptschuldners entstehen sollte. Die Vertragsurkunde sah vor,

> ... that upon any default ... (written notice of which shall be given by the contractor to the guarantor within six days of such default) in making any payment on the prescribed date, he, the guarantor, will himself immediately make the payment so in default to the contractor.

Hierbei ist anzumerken, daß die Haftung der beklagten Bank erst entstehen sollte, wenn der Primär-surety, ein gewisser Taglioni, seiner Verpflichtung aus einer vorgeschalteten guarantee nicht nachkommen sollte.

Während Scrutton L.J. seine Entscheidung auf andere Gründe stützte, war für Greer L.J. der Wortlaut der Verpflichtungsurkunde entscheidend.

> It is clear in reading cl. 11 of this agreement that the event upon which Taglioni agreed to make payment was not the default itself on the part of Olympus Ltd., but upon that default, due notice of which shall have been given to Taglioni by the contractor. Both the default and the notice of it were conditions precedent to Taglioni's liability, and no notice of default within the six days was given. Accordingly, there was no default on the part of Taglioni, and so there was no liability on the defendants under cl. 12 of the agreement.[236]

Da sich Slesser L.J. dieser Argumentation anschloß, sind diese Gründe die ratio decidendi. Er erklärte:

> I can only read these clauses as providing that the notices of default were conditions upon which these guarantees were to operate. [237]

Das House of Lords nahm in der Entscheidung Greer v. Kettle [238] zu der schwierigen Frage Stellung, welchen Einfluß eine Präambel auf die ihr nachfolgende guarantee habe. In dieser Präambel war die durch die guarantee zu sichernde Hauptschuld als bereits durch eine charge an Gesellschaftsanteilen gesichert beschrieben worden. Dies stellte sich später als unzutreffend heraus. Lord Russel of Killowen war der folgenden Auffassung:

> It is a case of an attempt to impose upon them a liability which they have never undertaken. The only debt, the repayment of which by the principal debtor they undertook to guarantee, was a debt, secured by a charge on the 250.000 shares in Iron Industries Ltd., and a debt so secured never in fact existed.[239]

Die Klage wurde abgewiesen, und dem Beklagten war es auch nicht wegen eines estoppel verwehrt, sich auf die Nichtexistenz der charge zu berufen, denn der hierfür relevante Sachverhalt gründete sich auf Umstände, die dem Rechtskreis des Klägers zuzuordnen waren.[240]

In Bache & Co. v. Banque Vernes [241] hatte sich die beklagte Bank als surety für Forderungen eines Londoner Börsenmaklers gegen eine französische Handelsgesellschaft verpflichtet. Die guarantee enthielt folgende Klausel:

> Notice of default shall from time to time, be given to us and of receipt of any such notice, we will forthwith pay to you the amount stated therein as due, such notice of default being as between you and us conclusive evidence that our liability hereunder has accrued in respect of the amount claimed.

Lord Denning M.R. sah in einer derartigen Klausel keinen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung, sondern reduzierte ihren Inhalt auf die Formel:

> On our giving you notice of default you must pay.[242]

Grundsätzlich kann hier zunächst festgestellt werden, daß es den Parteien freisteht, jede nur denkbare Vereinbarung darüber zu treffen, was neben dem default des Hauptschuldners Voraussetzung für die Inanspruchnahme des surety sein soll,[243] soweit hierdurch nicht gegen Gesetze oder die öffentliche Ordnung verstoßen wird.

Betrachtet man diese Entscheidung insgesamt, so ergibt sich kein einheitliches Bild. Dieser Eindruck wird verstärkt durch den Umstand, daß bei Chitty Fragen der Nichtbeibringung eines co-surety oder das Fehlen einer weiteren, für die Hauptschuld bestellten Sicherheit unter dem Stichwort conditional guarantees behandelt werden, während die notice-Fälle etc. unter der Rubrik conditions precedent to liability of surety zu finden sind.[244]

Ein weiteres Problem entsteht dadurch, daß der Begriff der condition eine essentielle Rolle im Recht der Leistungsstörungen spielt,[245] weswegen eine Begriffsanalyse, die sich auf die Haftungsvoraussetzungen eines surety beschränkt, überaus diffizil ist.

Stellt man jedoch auf die prozessuale Situation ab, so werden diese Fragen transparent. O. 18 R.S.C. enthält Regeln, die bei der Erstellung von Klage- und Verteidigungsschriften beachtet werden müssen. R. 7 (4) der O. 18 R.S.C. enthält eine Bestimmung, wonach Umstände, die die Qualität einer condition precedent haben, in das jeweilige pleading hineingelesen werden. Dies führt dazu, daß die für den Eintritt der condition precedent relevanten Tatsachen nur auf Rüge des Beklagten bewiesen werden müssen. Eine solche qualitativ nachrangige Bedeutung kann den conditions precedent in Anbetracht der oben dargestellten

Entscheidungen bei einer Klage aus einer guarantee jedoch nicht zugesprochen werden, denn dies stünde in krassem Widerspruch zu der Qualität des notice als operationale Voraussetzung der Klage des Gläubigers aus der guarantee.[246]

Und in der Tat erfaßt O.18 r. 7 R.S.C. solche conditions precedent nicht, deren Vorbringen der cause of action, also dem tatsächlichen Anspruchsgrund, zugerechnet werden müssen. Beispiel für eine solche condition precedent ist die Anzeige der Nichterfüllung eines Wechsels gegenüber denjenigen Personen, die neben den Akzeptanten wechselrechtlich in Haftung genommen werden können. Hier muß der Kläger in seiner Klageschrift entweder vortragen, er habe die Nichterfüllung dem Beklagten angezeigt, oder aber diejenigen Tatsachen vorbringen, die eine Nichtanzeige rechtfertigen.[247] Setzt man nun diese Rechtslage in Zusammenhang mit den Ausführungen von Lord Selborne L.C. in Duncan Fox & Co. v. North and South Wales Bank, wonach die Rechtsbeziehungen zwischen dem Inhaber eines Wechsels, dem Indossatar, sowie dem Aussteller in ihren Wirkungen dem suretyship-contract vergleichbar sind,[248] so ergibt sich der zwingende Schluß, daß alle Faktoren, die im Zusammenhang mit der Frage der Inanspruchnahme des surety von Bedeutung sind, wie die Ergreifung bestimmter Schritte vor der Klage aus der guarantee oder das Vorhandensein beziehungsweise die Bereitstellung weiterer Sicherheiten durch den Gläubiger solche conditions precedent sind, die, wie die consideration, zur cause of action gehören. Dies hat zur Konsequenz, daß es letztlich unerheblich ist, welche abstrakten rechtlichen Wirkungen sich aus der Qualifikation einer vertraglichen Bestimmung oder den zwischen den Parteien als für das Vertragsverhältnis relevant erachteten Umständen ergeben, da auf der Ebene des Prozesses jedenfalls für den Bereich des contract of suretyship eine einheitliche Betrachtungsweise verwirklicht wird und die Unterscheidung zwischen der condition precedent einerseits und der conditional guarantee andererseits ihre Bedeutung verliert.[249]

Der Gläubiger einer guarantee erlangt daher nur dann einen durchsetzbaren Anspruch gegen den surety, wenn er vor Zustellung der Klageschrift (service of the writ) den Eintritt der condition precedent bewirkt.[250] Das heißt, daß der Gläubiger in seinem statement of claim die Erfüllung sämtlicher condition precedent darlegen muß. Versäumt er

dies, und will er die erforderlichen Maßnahmen nachholen, so handelt es sich hierbei um eine Verbesserung der Klage, die der Zustimmung des Gerichts bedarf.[251]

d) VERKNÜPFUNGEN ZWISCHEN DER HAUPTSCHULD UND DEM CONTRACT OF GUARANTEE

Wie bereits schon oben ausgeführt, handelt es sich bei dem contract of guarantee um einen Vertrag, der collateral, additional oder accessory ist. Diese Begriffswahl signalisiert seine Interdependenz mit dem zu sichernden Rechtsverhältnis. Fragen, die in diesem Zusammenhang auftauchen, werden in England unter dem Begriff des co-extensiveness principle abgehandelt. Dieses Prinzip, dessen Inhalte zu den nur schwer darstellbaren Problemen des englischen Rechts gehören [252] und dessen Umfang nicht eindeutig abgegrenzt werden kann, [253] soll im nachfolgenden anhand einzelner Fälle in seinen Strukturen dargestellt werden. Insbesondere soll dabei untersucht werden, welche Rechte der surety aus dem Hauptschuldverhältnis herleiten kann, wenn er vom Gläubiger in Anspruch genommen wird.

aa) NICHTENTSTEHEN ODER WEGFALL DER HAUPTSCHULD

Grundsätzlich setzt der contract of guarantee ein bestehendes oder im Entstehen begriffenes zu sicherndes Rechtsverhältnis voraus. [254] Besteht dieses Hauptschuldverhältnis nicht, oder gelangt es nicht zur Entstehung, so bleibt auch die guarantee wirkungslos. [255]

Diese Wirkungen ergeben sich aufgrund zweier parallel verlaufender Anknüpfungen. Zunächst folgt dies aus dem Erfordernis der consideration. Da die consideration für eine guarantee häufig darin besteht, daß der Gläubiger das Hauptschuldverhältnis begründet, folgt die Wirkungslosigkeit der guarantee bei Nichtentstehen des Hauptschuldverhältnisses bereits daraus, daß die consideration nicht erbracht wurde.

> The promise by itself creates no obligation. It is in effect conditional to be binding, if the plaintiff acts upon it, either to the benefit of the defendants or to the detriment of himself.[256]

Auch der Gesichtspunkt, daß die guarantee begrifflich immer auf ein zu sicherndes Rechtsverhältnis bezogen sein muß, kann zu diesem Ergebnis führen. Dies zeigt sich daran, daß der nachträgliche Wegfall des Hauptschuldverhältnisses, der sich ohne ein Zutun von Gläubiger, Hauptschuldner und surety vollzieht, die Wirksamkeit einer guarantee aufhebt.

In Walton v. Cook [257] hatte ein Gericht einen Konkursvergleich aufgehoben. Ein surety hatte sich verpflichtet, für die ordnungsgemäße Erfüllung der in diesem Vergleich vereinbarten Ratenzahlungen einzustehen.

> That order made it impossible to carry out the composition in any way. Therefore it seems to me that this deed, so far as it relates to the liability of the plaintiff as surety ought to be set aside.[258]

Jedoch kann auch hier auf den Aspekt der consideration zurückgegriffen werden, denn versteht man unter dem Grundsatz des total failure of consideration eine völlige Verfehlung des vertraglichen Zweckes, so kann auch argumentiert werden, daß der surety in diesem Falle nicht das erlangt hat, was Motivationsgrundlage für sein Versprechen war, und er deshalb von seiner Verpflichtung freizustellen ist.[258a]

Einen Sonderfall hinsichtlich des Nichtentstehens einer Forderung behandelt die Entscheidung Walker v. British Guarantee Association.[259] Hier hatten die Beklagten eine guarantee für treue Dienste des Hauptschuldners abgegeben. Dieser wurde nun schuldlos in Ausübung seiner Dienste, die unter anderem in der Weiterleitung von Geld bestanden, beraubt. Die Klage der Gläubiger wurde abgewiesen.

> The general doctrine is not denied, that, if the subject matter bailed be lost by vis major, which we translate irrisistible violence, the bailee is discharged. If James Jones, the principal, was guilty of no default, the defendants, as his sureties cannot be liable.[260]

In dieser Entscheidung kommt die Verknüpfung von Hauptschuld und guarantee zum Tragen, denn die Unwirksamkeitsfolge der guarantee wird allein aus dem Nichtentstehen der Hauptforderung abgeleitet.

bb) ULTRA-VIRES FÄLLE

Der Begriff ultra-vires hat seinen Platz im Gesellschaftsrecht. Hierunter

werden Tat- und Rechtshandlungen verstanden, die eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit durch ihre Vertretungsberechtigten vornimmt, obwohl eine solche Handlung nicht in den Statuten der Gesellschaft vorgesehen ist.[261] Jede ultra-vires Handlung ist unwirksam.[262] Diese Regel wurde durch s. 9 European Communities Act 1972, die gem. s.90 (2) Companies Act 1980 zu den Companies Act 1948-1980 zählt, weitgehend relativiert, als nunmehr zugunsten eines gutgläubigen Dritten vermutet wird, für die Gesellschaft sei im Rahmen der Befugnisse gehandelt worden. Die Beweislast für den Mangel an dem guten Glauben trägt die Gesellschaft.[263]

Probleme ergeben sich dann, wenn die Direktoren einer Gesellschaft eine guarantee für eine Verbindlichkeit der Gesellschaft abgeben, die als ultra-vires Verbindlichkeit unwirksam ist.

In der Entscheidung Yorkshire Railway Wagon Co. v. MacLure [264] hatte eine Eisenbahngesellschaft ein verdecktes Darlehen aufgenommen, das nach Ansicht von Kay J. als ultra-vires Verbindlichkeit unwirksam war. Ihre Direktoren hatten für die Rückzahlung eine guarantee erklärt. Trotz der Nichtigkeit der Hauptschuld wurden sie aufgrund ihrer guarantee zur Zahlung der noch ausstehenden Raten verpflichtet. Kay J. stützte seine Entscheidung auf den Gesichtspunkt, daß der wahrscheinliche Grund für die Einforderung einer guarantee die Zweifel waren, die bezüglich der Durchsetzbarkeit der Hauptschuld bestanden.

In der Berufungsentscheidung des Court of Appeal kam das Gericht unter dem Vorsitz von Jessel M.R. zu dem Ergebnis, daß es sich bei der gesicherten Hauptschuld nicht um ein ultra-vires Darlehen gehandelt hatte, ohne jedoch die Ausführungen von Kay J. zur Frage der Haftung der sureties zu mißbilligen.[265]

Aus diesem Grund wendete Lawrence J. in Garrad v. James [266] die ratio decidendi von Kay J. an. Dieser Entscheidung lag eine guarantee zweier Direktoren einer Gesellschaft zugrunde, die hiermit die Erfüllung einer Rückkaufverpflichtung von Gesellschaftsanteilen durch die Gesellschaft sichern wollten. Die Parteien gingen gutgläubig davon aus, daß das Rechtsgeschäft gültig und intra-vires sei, was sich aber in der Gerichtsverhandlung als unzutreffend herausstellte. Lawrence J. stellte bei seiner Entscheidung die Qualität der Nichtigkeitsfolge in den Vordergrund:

/ 52

> It is important to observe that the company committed no statutory offence by entering into the agreement and that the transaction was not malum in se. The only result was that the agreement could not be enforced against the company. [267]

Da die sureties sich verpflichtet hatten, dann zu bezahlen, wenn die Gesellschaft ihren Verpflichtungen nicht nachkommt, war es für Lawrence J. unerheblich,

> ... whether the failure or omission by the company to perform its obligations is attributable to its financial inability or statutory disability, as the liability of the defendants arises, whatever may be the cause of failure.[268]

Dies bedeutet, daß wir hier eine Aufhebung der Verknüpfung zwischen Hauptschuld und Sicherungsrecht vorfinden, denn ohne daß es letztlich darauf ankäme, ob die ultra-vires Verbindlichkeit nun nichtig oder undurchsetzbar ist, [269] steht fest, daß der Direktor einer Gesellschaft, der sich als surety für eine ultra-vires Verbindlichkeit der Gesellschaft verpflichtet hat, sich bei seiner Inanspruchnahme aus der guarantee nicht auf die Wirkungslosigkeit der gesicherten Hauptschuld berufen kann.[270]

Diese Rechtslage, die auf unterschiedliche Weise gerechtfertigt wurde, [271] ist dahin erklärt worden, daß das allgemeine Verknüpfungsprinzip Ausnahmen dann zuläßt, wenn es die Natur und die Umstände, denen die Rechtsgeschäfte der Parteien zugrundeliegen, erfordern.[272] Hintergrund dieser Rechtsprechung ist dabei der Umstand, daß der Direktor einer Gesellschaft besser als jeder Dritte weiß, welche Handlungen nach den Statuten der Gesellschaft noch zulässig sind, und es letztlich unbillig wäre, eine Ausnutzung dieses Wissensvorsprungs zuzulassen.[273]

cc) DIE MINDERJÄHRIGKEIT DES HAUPTSCHULDNERS

Die Reihe der Entscheidungen zu dieser Frage beginnt mit Wauthier v. Wilson (1912).[274] Hier hatten sich Vater und Sohn in einem gemeinsamen Schuldversprechen dem Kläger verpflichtet. Der Kläger hatte dem Sohn, obwohl ihm dessen Minderjährigkeit mit größter Wahrscheinlichkeit bekannt war, ein Darlehen gewährt, das gemäß s. 1 Infants Relief Act 1874 nichtig war. Der Vater berief sich nun in der Klage gegen ihn darauf, daß er das Schuldversprechen als surety unterzeichnet habe und daß daher die

Nichtigkeit der Hauptschuld auch seine Verpflichtung erfasse.

In seinem erstinstanzlichen Urteil folgte Pickford J. dieser Argumentation nicht und gab der Klage gegen den Vater unter Berufung auf Yorkshire Railway Wagon Co. v. MacLure statt. Dabei bezeichnete Pickford J. den Vater ausdrücklich als guarantor.

Im Court of Appeal wurde seine Entscheidung aufrecht erhalten, wenn auch dieses Gericht zu dem Ergebnis kam, es habe sich um keine guarantee gehandelt.

> ... this Court thought that this was not a guarantee. The learned judge [Pickford J.] said, that in his opinion, the father joined in the promissory note as a guarantor. In a colloquial sense, no doubt, this was a case of a guarantee. But in his judgment [Farwell L.J.] the true meaning of the transaction was that the father acted as principal borrower and made himself liable as principal.[275]

Warrington J. machte in seiner Entscheidung deutlich, daß auch er die Verpflichtung des Vaters nicht als guarantee qualifiziere. Er war vielmehr der Überzeugung, es lasse sich aus den Tatsachen ableiten, daß der Darlehensgeber sich entweder an den Sohn oder den Vater hätte halten können.

> If the contract of the father was a contract of guarantee it was a contract to guarantee a debt which was not a contract at all.[276]

Aus diesen beiden dicta wird geschlossen, daß der Court of Appeal der Überzeugung war, daß, hätte es sich bei der Verpflichtung des Vaters um eine guarantee gehandelt, diese wegen der nichtigen Hauptschuld ebenfalls nichtig gewesen wäre,[277] also eine Übertragung der Rechtsprechung zu den guarantees für ultra-vires Hauptschulden für den Bereich der Haftung für Forderungen gegen Minderjährige nicht in Betracht kommt.

Auch Oliver J. interpretierte die oben zitierte Aussage von Warrington J. in der noch zu besprechenden Entscheidung Coutts & Co. v. Brown-Lecky auf unzweideutige Weise:

> The plain implication of what he is saying there is this, though it is not necessary to say it in more precise terms: If this had been a guarantee it is all rubbish to say that the guarantor could have been held liable.[278]

Wenn auch die Ausführungen zur guarantee in Wauthier v. Wilson lediglich obiter erfolgten, so verdichtete sich die mit ihnen angedeutete Tendenz in Coutts & Co. v. Brown-Lecky zu einem Rechtssatz. Hier hatten sich zwei sureties verpflichtet, für das Kreditkonto von Brown-Lecky einzustehen, der noch minderjährig war. Obwohl allen Parteien dieser Umstand bekannt war, wies Oliver J. die Klage der Bank ab:

> I think that the guarantors to a bank of an infant's loan, where all the parties know the facts cannot be sued.[279]

Diese schon von Cohn [280] heftig kritisierte Entscheidung muß aber als geltendes Recht bewertet werden.

Auch in der Entscheidung Stadium Finance Co. Ltd. v. Helm (1965) [281] kam der Court of Appeal zu dem Ergebnis, daß die guarantee für die Schuld eines Minderjährigen nicht durchsetzbar ist. Diese Entscheidung darf jedoch nicht überbewertet werden, denn prozeßtaktische Überlegungen hatten die Klägerin bewogen, ihren Anspruch damit zu begründen, daß es sich bei der Verpflichtung des surety in Wirklichkeit um einen contract of indemnity gehandelt habe. Der Rechtssatz, daß bei einer guarantee für die Schuld eines Minderjährigen auch der surety nicht hafte, wurde von der Klägerin als zutreffend zugestanden, so daß der Court of Appeal zu dieser Frage letzlich keine Entscheidung traf.[282]

Allerdings darf nicht übersehen werden, daß der von Cohn schon damals geäußerte Unmut heute auch von der Law Commission unter dem Vorsitz von Richter Ralph Gibson geteilt wird. Diese Kommission hat in ihren Empfehlungen zu der Reform der Verträge von Minderjährigen vorgeschlagen, daß allein der Umstand, daß die Verpflichtung eines Minderjährigen gegen diesen nicht durchsetzbar ist, nicht zu einer Haftungsbefreiung des surety führen soll.[283] Als Gründe für diese Empfehlung wurde in dem vorangegangenen Arbeitspapier erklärt, daß eine solche Regelung keine Ungerechtigkeiten enthalte und sich letztlich zum Vorteil des Minderjährigen auswirke. Daß damit unter Umständen die Schlüssigkeit des gesetzlichen Konzepts der guarantee verletzt wird, soll in Kauf genommen werden.

> It is absurd that the guarantee should be vitiated solely because the borrower is not an adult. This should prevail over the purity of the legal concept.[284]

Hieraus läßt sich der Schluß ziehen, daß eine Tendenz dahin besteht, die Verknüpfung von Hauptschuld und guarantee auch im Falle einer wegen Minderjährigkeit des Hauptschuldners nicht durchsetzbaren Hauptschuld aufzuheben.

dd) GESETZESWIDRIGKEIT DER HAUPTSCHULD

Zunächst sollen diejenigen Fälle untersucht werden, bei denen das der guarantee zugrunde liegende Rechtsgeschäft mit einem Gesetzesverstoß behaftet ist, der zur Nichtigkeit der Hauptschuld führt.

In der Entscheidung Swan v. Bank of Scotland [285] war die durch mehrere sureties gesicherte Hauptschuld nichtig, weil Bestimmungen über Stempelgebühren, die für die Hauptschuld hätten entrichtet werden müssen, von der Gläubigerin nicht beachtet worden waren.

> The statute has therefore in terms said that no debt shall arise from dealings contrary to the stamp provisions, and in all but express terms, that whatever is done shall be void ... Then if the statute says no debt shall arise or become due upon money drawn out by the customer, or paid by the banker in a particular way, it also says that no bondsman shall be liable on such security given.[286]

Begründet wird diese Rechtsprechung damit, daß andernfalls der mit der Nichtigkeitsfolge beabsichtigte Zweck, die staatlichen Einnahmen aus der Stempelgebühr zu gewährleisten, problemlos umgangen werden könnte.[287]

In De la Rosa v. Prieto (1864) [288] sprang der Kläger, ein nicht nach dem Medical Act registrierter Arzt, aufgrund einer Vereinbarung mit dem Beklagten für diesem obliegende Dienste ein. Der Beklagte war auf einem peruanischen Kriegsschiff tätig, das in Blackwell vor Anker lag. Obiter erklärte Byles J.:

> Suppose medicines administered by an unregistered practitioner to a patient under a guarantie for payment given by a third person, the statute would, we conceive, be a defence either to the principal debtor or to the surety ... The patient does not less require protection, because the paymaster is a third person.[289]

In der Entscheidung Lougher v. Molyneux [290] war ein Darlehen entgegen den Bestimmungen von s. 46 Friendly Societies Act gewährt worden. Die Klage wurde abgewiesen, denn der beklagte surety berief sich mit Erfolg darauf, daß die Darlehenssumme wegen dieses Gesetzesverstoßes nicht eingefordert werden konnte.

An diesen Entscheidungen zeigt sich, daß ein Gesetzesverstoß, der zur Nichtigkeit der Hauptschuld führt, dem surety in der Klage gegen ihn als eigenes Verteidigungsmittel zur Verfügung steht.

Von der Nichtigkeit (voidness) muß nun die Nichtdurchsetzbarkeit (unenforceability) einer Forderung unterschieden werden. Beide Begriffe überdecken sich in einem Teilbereich, denn beide Mängel führen zunächst dazu, daß dem Kläger einer mit einem solchen Mangel behafteten Forderung ein Rechtsbehelf verwehrt wird, aber selbst in Gerichtsurteilen wird nicht immer deutlich, worin die Unterschiede bestehen.[291]

Etwas Klarheit bringt ein dictum von Lord Porter in Mahant Singh v. U Ba Yi [292], der hier s. 2(g) Indian Contract Act - an agreement not enforceable by law is said to be void - damit erklärt, daß es zwei Arten von Nichtdurchsetzbarkeit gebe. Einmal folge die Nichtdurchsetzbarkeit aus der Nichtbeachtung einer prozessualen Norm, während in anderen Fällen gegen eine Norm des materiellen Rechts verstoßen werde. Letzteres habe dann die Qualität von Nichtigkeit (voidness). Dies erklärt, warum in bestimmten Fällen der Nichtdurchsetzbarkeit einer Forderung zwar ihre Klagbarkeit genommen ist, ihr aber ansonsten volle rechtliche Wirkungen beizumessen sind.[293]

Ein Beispiel hierfür ist der contract of guarantee, denn soweit die guarantee unter Nichtbeachtung der Schriftform erteilt wurde, ist sie, wie oben dargestellt, unenforceable, und zwar aufgrund eines Verstoßes gegen eine Rechtsnorm, die dem Prozeßrecht zugerechnet wird und deren Verletzung nur auf Rüge im Prozeß beachtet wird.[294] Daher kann der surety, sofern er seine Leistung auf eine nur mündlich erklärte guarantee erbracht hat, das Geleistete nicht unter Berufung auf den Formmangel zurückverlangen.[295]

Diesen unterschiedlichen Wirkungen liegt die Überlegung zugrunde, daß ein vom Gesetz beabsichtigter Schutzzweck unter bestimmten Voraussetzungen verzichtbar ist; dies gilt insbesondere dann, wenn eine Vorschrift den Schutz einer Partei bewirken soll. Nur so ist es zu erklären, daß sich die zu schützende Partei auf die Vorschrift, die die unenforceability bewirkt, berufen muß, um den Anspruch des Klägers zu vereiteln. Erfolgt eine Erhebung dieses Mangels nicht, so kann hieraus zu Recht auf den Verzicht des beabsichtigten Schutzes geschlossen werden. Den dargestellten und noch folgenden Entscheidungen liegt nach meiner Überzeugung die Überlegung zugrunde, daß immer dann, wenn eine Rechtsvorschrift lediglich ein Einzelinteresse schützen will und bei einem Verstoß hiergegen unenforceability anordnet, eine solche Vorschrift als Rechtsnorm des Prozeßrechts betrachtet wird, um es so nachträglich der Entscheidung des

einzelnen zu überlassen, ob er bei einer Inanspruchnahme den angebotenen Schutz ergreifen will oder nicht. Werden jedoch Interessen eines Dritten, zum Beispiel die des Staates, wie im Falle der Stempelgebühr berührt, so bewirkt ein Verstoß hiergegen unheilbare Nichtigkeit im Sinne von voidness.

Soweit nun die Hauptschuld im prozessualen Sinne nicht durchsetzbar ist, scheint der surety diesen Mangel dem Gläubiger entgegenhalten zu können. In Eldridge and Morris v. Taylor [296] wurde erklärt, daß sich der surety bei einem Verstoß gegen s. 6 Moneylenders Act 1927, [297] der zur unenforceability des Rückzahlungsanspruchs des Darlehensgebers führte, hierauf berufen kann. Hier hatten es die Kläger versäumt, den Beklagten eine Kopie der von ihnen eingegangenen Verpflichtung innerhalb einer bestimmten Frist auszuhändigen.

> The wife was merely a surety for the husband, and, if the debt of the principal is gone, the surety is also discharged. [298]

Diese eindeutige, für eine Verknüpfung von Hauptschuld und guarantee sprechende Entscheidung wurde dann durch Temperance Loan Fund Ltd. v. Rose [299] insoweit relativiert, als der Court of Appeal diese Folge direkt aus der guarantee ableitete und nicht aus der Hauptschuld. Auch hier war die gesicherte Darlehensschuld wegen eines Formverstoßes gegen s. 6 Moneylenders Act 1927 gegen den Hauptschuldner nicht durchsetzbar. Dieser hatte ein Versäumnisurteil gegen sich ergehen lassen. Die Klägerin begründete ihren Anspruch gegen den zweitbeklagten surety unter Berufung auf die Rechtsprechung zu den ultra-vires-Entscheidungen und Wauthier v. Wilson. Die dieser Rechtsprechung zugrunde liegenden Überlegungen waren aber nicht für die Frage der Haftung des surety ausschlaggebend, denn seine Berufung war schon deshalb erfolgreich, weil sich die Nichtdurchsetzbarkeit seiner Verpflichtung ebenfalls direkt aus s. 6 (1) Moneylenders Act 1927 ergab.

> I have come to the conclusion that on the proper interpretation of s. 6 it is not necessary to consider the cases which decided that where a company acts ultra vires in incurring a debt the surety who guaranteed the debt may be liable, although the company may not be liable. In the present case it is sufficient to say, that s. 6 specially provides that "no security given by the borrower ... shall be enforceable" unless certain conditions are fulfilled, and a security is given by the borrower when he produces the guarantee of a surety. [300]

Diese Entscheidung wurde in Barclay v. Prospect Mortgage Ltd.[301]

ausdrücklich gebilligt und auch über den Fall einer bloßen Personalsicherheit hinaus erweitert, als diese Grundsätze auch bei der Bereitstellung anderer Sicherungsgegenstände für anwendbar erachtet wurden.

Als Zwischenergebnis kann daher festgehalten werden, daß die Frage, ob sich der surety auf die Nichtigkeit oder die Nichtdurchsetzbarkeit der Hauptschuld berufen kann, nicht einheitlich beantwortet werden kann, denn letzlich kommt es auf die Qualifikation der Rechtsnorm an, die die eine oder die andere Rechtsfolge anordnet.

Ist die Hauptschuld nichtig oder aus materiell-rechtlichen Erwägungen heraus nicht durchsetzbar, so ergibt sich das Freiwerden des surety aus der Verknüpfung von Hauptschuld und guarantee, wenngleich auch die ultra-vires Fälle eine Ausnahme von dieser Regel bilden.

Liegt unenforceability wegen eines Verstoßes gegen eine prozessuale Bestimmung vor, so ist bei der Analyse der hierfür einschlägigen Entscheidungen festzustellen, daß der Verknüpfungsaspekt in den Hintergrund tritt. Das Freiwerden des surety folgt dann in erster Linie aus einem Mangel, der auch der guarantee selbst anhaftet. Wenn auch Greer L.J. in der Temperance Loan Fund-Entscheidung erklärt, durch s. 6 Moneylenders Act 1927 könne nicht beabsichtigt sein, dem surety eine Verteidigungsmöglichkeit zu nehmen, die dem, der die Vorteile aus dem zugrunde liegenden Geschäft erlangt hat, zur Verfügung stehe,[302] so kann dies als versteckter Hinweis auf ein allgemeines Verknüpfungsprinzip gesehen werden. Hiergegen ist jedoch einschränkend zu sagen, daß auch Greer L.J. seine Entscheidung ausdrücklich auf den Wortlaut von s. 6 Moneylenders Act 1927 gestützt hat, wonach die unenforceability der Hauptschuld ausdrücklich auch eine hierfür bestellte Sicherheit erfaßt.

An weiteren Entscheidungen zu dieser Frage fehlt es. So ist zum Beispiel unentschieden, ob eine ansonsten wirksame guarantee für die Kaufpreisforderung aus einem Grundstückskaufvertrag, der nur mündlich geschlossen wurde und daher gemäß s. 40 Law of Property Act 1925 unenforceable ist,[303] nunmehr ebenfalls nicht durchsetzbar ist. Der Law of Property Act 1925 enthält keine Vorschrift, die die Nichtdurchsetzbarkeitsfolge auch auf eine bestellte Sicherheit erstreckt.

Steyn vertritt nun die Auffassung, es existiere ein allgemeines Prinzip, wonach die nichtdurchsetzbare Hauptschuld in ihren Wirkungen auch auf die hierfür bestellte guarantee durchschlägt.[304]

Ich halte dies jedoch nicht für zwingend. Vielmehr zeigen sowohl die ultra-vires-Fälle als auch der Vorschlag der Law Commission zur Behandlung von guarantees im Falle der Minderjährigkeit des Hauptschuldners, daß konzeptionelle Überlegungen allein nicht den Ausschlag für die Entscheidung der Frage geben, ob ein surety haftet oder nicht. Auch die Entscheidungen Temperance Loan Fund Ltd. und Barclay v. Prospect Mortgage Ltd. zeigen, daß sich die Gerichte hier nicht auf ein allgemeines Prinzip beriefen, sondern letztlich eine besondere gesetzliche Normierung zur Entscheidungsgrundlage machten. Die Tatsache, daß s. 6 Moneylenders Act 1927 eine solche Regelung enthält, kann nun so verstanden werden, daß hier ein allgemeines Prinzip seine gesetzliche Ausprägung erfahren hat. Mit gleicher Berechtigung kann aber auch argumentiert werden, gerade weil es kein allgemeines Prinzip gibt, war für den Fall der unenforceability der Hauptschuld eine besondere Normierung erforderlich, um diesen Mangel an ein Sicherungsrecht weiterzugeben.[305]

Ich meine daher, daß die Frage, inwieweit hier ein allgemeines Prinzip existiert, nicht abschließend beantwortet werden kann. Vielmehr muß davon ausgegangen werden, daß die Gerichte unter Beachtung der unterschiedlichen Interessen von surety, Gläubiger und Hauptschuldner versuchen werden, eine faire und gerechte Lösung des Interessenkonflikts zu bewirken.[306]

ee) VERJÄHRUNG DER HAUPTSCHULD

In der Entscheidung Carter v. White [307] klagte der trustee in bankruptcy eines surety auf Freistellung von seinen Verbindlichkeiten aus einem suretyshipcontract. Der beklagte Gläubiger hatte dem mittlerweile verstorbenen Hauptschuldner ein Darlehen gewährt. Dieser hatte hierfür Blankowechsel begeben, die nunmehr nach dem Statute of Limitations nicht mehr durchsetzbar waren. Die Klage wurde abgewiesen. Der Court of Appeal entschied aber nicht die Frage, ob sich der surety auf die Verjährung der Hauptschuld hätte berufen können, sondern stellte vielmehr darauf ab, daß ein nachlässiges Vorgehen des Gläubigers gegen den Hauptschuldner den surety nicht befreit.

> Is it the law that a creditor who neglects to sue his debtor till the statute has run will thereby discharge his surety? There is no decision to that effect. On contrary, the true principle is that the mere omission to sue does not discharge the surety, because the surety can himself set the law in operation against the debtor.[308]

Allerdings wird diese Entscheidung als Beleg für den Rechtssatz angeführt, daß der surety dem Anspruch des Gläubigers gegen ihn den Einwand der Verjährung der Hauptschuld nicht entgegenhalten kann.[309] Dies kommt in dieser Klarheit in der Entscheidung nicht zum Ausdruck, aber ich meine, daß allein die Tatsache, daß sich das Gericht mit der Frage, ob der surety einen Verjährungseinwand des Hauptschuldners erheben kann, nicht auseinandergesetzt hat, zeigt, daß ein allgemeines Verknüpfungsprinzip nicht existiert, das es dem surety ermöglicht, den Einwand der Verjährung der Hauptschuld zu erheben.

ff) SCHADENSERSATZFORDERUNGEN DES HAUPTSCHULDNERS AUS DEM HAUPTSCHULDVERHÄLTNIS

An dieser Stelle soll untersucht werden, ob der surety aus dem Umstand, daß der Hauptschuldner wegen eines Vertragsbruchs des Gläubigers einen möglichen Schadensersatzanspruch aus dem Hauptschuldverhältnis innehat, irgendwelche Rechte gegen den Gläubiger herleiten kann.

In Wilson v. Mitchell [310] verlangte der Kläger von seinem co-surety Ausgleich, nachdem er zur Zahlung verurteilt worden war. Grundlage der Entscheidung war ein Hire Purchase-Vertrag, den die Hauptschuldnerin, eine Gesellschaft, in der Kläger und Beklagter engagiert waren, mit einem Finanzierungsinstitut abgeschlossen hatte. Nachdem die Hauptschuldnerin in Konkurs gefallen war, trat das Finanzierungsinstitut seine Rechte an den ursprünglichen Lieferanten ab, der nun seinerseits die beiden sureties in Anspruch nahm und ein Urteil gegen Wilson erwirkte, nachdem dieser den Klageanspruch anerkannte. Hierauf wurde das Verfahren gegen Mitchell ausgesetzt. Dieser hatte sich zuvor damit verteidigt, die Hauptschuldnerin habe einen Anspruch auf Schadensersatz, da die gelieferte Maschine ihren nach dem Vertrag vorausgesetzten Zweck nicht erfülle. Die Frage war nun, ob sich Mitchell hiermit gegen den Ausgleichsanspruch von Wilson verteidigen konnte. Der Klage wurde aber stattgegeben, denn Finlay L.J. war der Überzeugung, daß sich ein surety mit einer möglichen Widerklage der Hauptschuldnerin wegen Schadensersatzes nicht verteidigen könnte.

> The only cross-claim was a claim for damages, an as such, it seems to me impossible to say that it could be prayed in aid by a surety as against the claim on the guarantee. If, contrary to my view, it could be prayed in aid, then certainly it could not be prayed in aid without bringing the principal whose claim it really was. 311

Dieser Grundsatz wurde in einer australischen Entscheidung zur Anwendung gebracht. In Cellulose Products Pty. Ltd. v. Truda [312] analysierte Isaacs J. umfassend die einschlägigen Entscheidungen und Kommentare zu dieser Frage. Wenngleich bis heute kein englisches Gericht diese Entscheidung in ein eigenes Urteil aufgenommen hat, so hat Isaacs J. ein positives Echo in der englischen Literatur gefunden.[313]

Hier hatte der klagende Lieferant der Hauptschuldnerin einer Gesellschaft Waren geliefert. Deren Direktoren, die Beklagten, erklärten für den Kaufpreis eine guarantee. Nach der Lieferung stellte sich heraus, daß die gelieferten Waren für ihren nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch nicht geeignet waren. Der Kaufpreis wurde deswegen nicht bezahlt, worauf Klage gegen die sureties erhoben wurde. Diese verteidigten sich zunächst damit, daß wegen des Vertragsbruches der Klägerin die Hauptschuldnerin von ihrer Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises freigeworden sei, und später, daß wegen der mangelhaften Lieferung auf seiten der Hauptschuldnerin ein Schadensersatzanspruch entstanden sei, der die Höhe der Klageforderung übersteige. Dieses Vorbringen wurde treffend auf die Rechtsfrage reduziert, ob der surety einer Kaufpreisforderung dem Verkäufer bei einer Klage aus der guarantee entgegenhalten kann, der klagende Verkäufer sei vertragsbrüchig geworden. [314] Der Klage des Verkäufers wurde stattgegeben; Isaacs J. kam zu dem Ergebnis, daß weder in England noch in Australien eine Gerichtsentscheidung ergangen sei, die dem surety das Recht einräumte, sich bei einer Inanspruchnahme aus der guarantee auf eine unbestimmte Schadensersatzforderung des Hauptschuldners zu berufen, die dem gesicherten oder einem anderen Rechtsverhältnis entsprang.[315]

> This review of cases lends no support to the submission that a surety when sued is entitled to set up in equity or at law as an equitable plea any cross action for unliquidated damages which the debtor may have against the creditor in respect of the transaction, the perfomance of which the guarantor has entered upon his guarantee; that is, in the absence of the debtor being before the court in the proceeding so as to be bound by verdict and judgments. This of course does not mean, that the guarantor is without remedy; when he is sued he has a right immediately to join the debtor as a third party and claim complete indemnity from him. The debtor has then a right to join the plaintiff as a fourth party, claiming damages for breach of warranty and so obtain indemnity either in whole or in part. All the actions would be heard together, the rights of all persons determined and appropriate set-off's made after verdict.[316]

Hieran zeigt sich, daß potentielle Schadensersatzansprüche des Hauptschuldners dem surety bei der Inanspruchnahme durch den Gläubiger keine Verteidigung gegen den aus der guarantee vorgehenden Gläubiger bieten.

Bei der Begründung dieses Ergebnisses lassen sich zwei Gesichtspunkte herausarbeiten. Die ursprüngliche Argumentation der Beklagten, die Hauptschuldnerin sei freigeworden, denn zwischen einer Zahlung des Kaufpreises und der letztendlichen Wirkung eines Schadensersatzanspruchs bestünden keine logischen Unterschiede, hielt Richter Isaacs für reizvoll, jedoch gab es seiner Auffassung nach durchgreifende Bedenken hiergegen. Sein wesentliches Argument war, daß erst das Urteil der Jury bezüglich der Festsetzung des Schadens zu einer Herabsetzung der Kaufpreisforderung führt und daß die dem Käufer in s. 54 Sale of Goods Act (Australia) - diese Vorschrift entspricht s. 53 der englischen Sale of Goods Act 1979 - gewährten unterschiedlichen Vorgehensweisen ein persönliches Wahlrecht des Käufers begründen, das nur er selbst, nicht aber ein surety ausüben könne.[317]

Diese Überlegungen galten sinn gemäß auch für das spätere Vorbringen der Beklagten. Hiergegen hatte Isaacs J. unter Berufung auf Williston [318] angeführt, der Hauptschuldner habe einen unbedingten Anspruch auf rechtliches Gehör in jedem Verfahren, das eine ihm zustehende Forderung betreffe, denn jede Festlegung dieses Anspruches berühre seine Rechtsposition.[319]

Daher kann der surety den Hauptschuldner mit in den Prozeß einbeziehen, um so Einfluß auf dessen Verhalten gegenüber dem Gläubiger zu nehmen, er hat jedoch keine eigenen Rechte, wenn aus Leistungsstörungen des Hauptschuldverhältnisses Schadensersatzansprüche bestehen, die die Hauptschuld verringern können. Prozessual ist dies im Wege eines third party proceeding gemäß O. 16. r. 1 R.S.C. möglich, da der surety in aller Regel einen Anspruch auf Schadloshaltung gegen den Hauptschuldner hat.[320] Eine weitere Möglichkeit ist die Einbeziehung des Hauptschuldners gemäß O. 15 r. 6 (2) (b) R.S.C.[321] Die erstgenannte Methode ist kostengünstiger.

Dieses Verfahren hat den Vorteil, daß zusammengehörende Sachverhalte in einem einzigen gerichtlichen Verfahren abschließend geklärt und umfassend entschieden werden können. Andererseits wird hierdurch aber auch

deutlich, daß der surety aus dem Umstand der Verknüpfung allein keine eigenen Rechte herleiten kann.

gg) AUFRECHNUNGSLAGEN

Aus allgemeinen Erwägungen heraus ist davon auszugehen, daß der surety bei seiner Inanspruchnahme mit eigenen Forderungen gegenüber dem Gläubiger aufrechnen kann.[322]

Schwieriger zu beurteilen ist die Frage, ob der surety gegenüber dem Gläubiger Rechte herleiten kann, wenn der Hauptschuldner eine Aufrechnungsmöglichkeit gegen den Gläubiger hat.

Die Aufrechnungslage wird im englischen Recht mit set-off bezeichnet und beschreibt eine Situation, in der A eine Geldforderung gegen B, und B seinerseits ebenfalls eine Geldforderung gegen A hat. Bei dieser Konstellation kann B, wenn er von A verklagt wird, den Klageanspruch des A bis zur Höhe seiner eigenen Forderung abwehren. Dieses Abwehrrecht ist das eigentliche set-off, das seinem Wesen nach ein prozessuales Recht ist, das von O. 18 r. 17 R.S.C. gewährt wird. Entscheidend ist hierbei, daß erst das endgültige Urteil die sich gegenüberstehenden Forderungen, soweit sie sich decken, zum Erlöschen bringt. Vorher bewirkt die Aufrechnungslage lediglich, daß der zur Aufrechnung Berechtigte von der Verpflichtung zur Erbringung seiner Leistung frei wird.[323] Die Bindung der Erlöschenswirkung hat zur Folge, daß im Wege eines equitable set-off nicht nur eine der Höhe nach bestimmte Geldsumme eingewendet werden kann, sondern auch noch eine unbestimmte Geldforderung.[324]

In Bechervaise v. Lewis [325] hatte sich der Beklagte in einem Schuldversprechen verpflichtet, dem klagenden Gläubiger eine Kaufpreisforderung gegen den Hauptschuldner zu ersetzen. Dem Kläger war bekannt, daß der Beklagte die Schuldurkunde lediglich als surety mitunterzeichnet hatte. Das Hauptschuldverhältnis wies dabei die Besonderheit auf, daß Kläger und Hauptschuldner Partner waren und der Kläger an den Hauptschuldner seine Rechte an gemeinsamen Forderungen gegen Dritte durch Kaufvertrag übertragen hatte. Der Kläger behielt aber das Recht, die Forderungen einzuziehen, und hatte von dem Dritten Zahlung erlangt, dieses Geld aber nie an den Hauptschuldner weitergeleitet. Der in Anspruch genommene

surety berief sich auf diesen Sachverhalt, und Willes J. kam zu dem folgenden Ergebnis:

> In substance, the plea is a special plea by a surety, of a set-off by the principal, arising out of the same transaction out of which the liability of the surety on the note arose ... In this state of things, we are bound to conclude that the surety has a defence in equity against the creditor.[326]

Diese Entscheidung war Grundlage für die ursprüngliche Auffassung in der Literatur, der surety könne sich auf ein dem Hauptschuldner zustehendes Aufrechnungsrecht berufen. [327] Neuerdings wird dies jedoch dahingehend relativiert, daß dieses Recht nur dann bestehen soll, wenn der Hauptschuldner in das Verfahren gegen den surety miteinbezogen wird.[328] Auch in Halsbury's Laws of England wird ausgeführt, daß der Hauptschuldner zur Partei des Rechtsstreites gemacht werden sollte, um so auch ihm gegenüber eine Bindungswirkung aus dem Urteil zu erzielen.[329]

Angesichts dieser Entwicklung scheint mir der von Steyn [330] ausfindig gemachte Meinungsstreit weitgehend ausgeräumt zu sein,wenn es auch, abgesehen von dem oben besprochenen Urteil, an einer bindenden Entscheidung zu dieser Frage fehlt. Es bleibt jedoch das Problem, wie der in Bechervaise v. Lewis vertretene Rechtsstandpunkt erklärt werden kann. Hier hat Isaacs J. den richtigen Ansatzpunkt gewählt, indem er erklärte, im Ergebnis handele es sich hier lediglich um einen Anwendungsfall der Regel, daß sich der surety auf eine tatsächliche Verringerung der Hauptschuld berufen könne, wobei es nicht zwingend auf eine tatsächliche Zahlung ankomme, sondern ausreichend sei, wenn erlangte Zahlungen auf die ausstehende und gesicherte Forderung hätten angerechnet werden müssen.[331] Eine solche Pflicht konnte nach den Rechtsbeziehungen der Parteien fraglos bejaht werden.

Hierzu muß jedoch meines Erachtens einschränkend gesagt werden, daß dies nur dann gelten kann, wenn die Forderung des Hauptschuldners gegen den Gläubiger dem Rechtsgeschäft entsprang, für dessen Erfüllung der surety einstehen wollte. Dies wird aus der Bemerkung von Willes J. deutlich, die Weiterleitung der Gelder an den Hauptschuldner sei die consideration für das Schuldversprechen gewesen, [332] die bei einer Nichtweiterleitung beziehungsweise Nichtverrechnung fehlgeschlagen wäre, was dann ebenfalls zu einer Befreiung geführt hätte. Die in der Literatur zunächst ausgelöste Verwirrung über die Bedeutung von Becher-

vaise v. Lewis hat nach meiner Überzeugung ihren Ursprung in der etwas ungenauen Qualifikation von Willes J., der hier von einer Aufrechnungslage sprach, dabei aber in den Entscheidungsgründen nicht deutlich genug zum Ausdruck brachte, daß letztlich leitend die Erwägungen bezüglich der consideration waren.[333]

In der Entscheidung Compania Sudamericana de Fletes S.A. v. African Continental Bank Ltd.[334] hat Mocatta J. obiter erklärt, daß sich ein surety auf ein Aufrechnungsrecht des Hauptschuldners berufen könne, wenn er vom Gläubiger in Anspruch genommen werde, ohne ausdrücklich auf die Frage der Miteinbeziehung des Hauptschuldners einzugehen. Allerdings bezweifle ich, daß diese Rechtsauffassung zu einer als Beispielsfall gebildeten Konstellation für die hier zu entscheidende Frage als persuasive authority gewertet werden kann, denn seine Aussage ist hierfür zu allgemein gehalten.

Auch die bisher letzte zu diesem Problemkreis ergangene Entscheidung bringt keine abschließende Klärung. In Hyundai Shipbuilding & Heavy Industries Co. Ltd. v. Pournaras[335] scheint Roskill L.J. die Ausführungen von Rowlatt und in Halsbury's Laws of England zwar zu billigen, jedoch legte er die dem Streit zugrunde liegenden guarantees so aus, daß die dort formulierten Prinzipien, ihre Richtigkeit unterstellt, die wirtschaftliche Brauchbarkeit der guarantees aufgehoben hätten, und gewährte den beklagten sureties keinen Rechtsbehelf gegen ihre Inanspruchnahme, insbesondere auch kein Aufrechnungsrecht mit einem sich möglicherweise aus dem Hauptschuldverhältnis ergebenden Rückerstattungsanspruch der Hauptschuldner.

> Their (the guarantees') avowed object is to enable the yard to recover from the guarantors the amount due, irrespective of the position between yard and buyers, so that the yard gets its money from the guarantors without difficulty if the yard cannot get it from the buyers.[336]

Diese vom House of Lords in Hyundai Industries Co. Ltd. v. Papadopoulos[337] ausdrücklich bestätigte Entscheidung trifft zwar keine Aussage darüber, ob ein Aufrechnungsrecht im Falle der Miteinbeziehung der Hauptschuldner der Inanspruchnahme hätte entgegengehalten werden können. Jedoch überrascht die Auslegung der guarantee, denn das Argument, daß die sureties im Falle der Nichterfüllung der Hauptschuld unabhängig von den zwischen Gläubiger und Hauptschuldner bestehenden Rechten hätte zahlen sollen,

läßt sich, soweit es Aufrechnungslagen betrifft, auf jede guarantee übertragen und ist auch dann vertretbar, wenn ein weniger evidentes Sicherungsbedürfnis als bei einem zweifellos besonders risikobehafteten Schiffsbauvertrag erkennbar ist.

Ich meine aber, daß bei einer Gesamtbetrachtung der relevanten Rechtsmeinungen hierzu der Schluß auf ein allgemeines Prinzip des Inhalts zulässig ist, daß die bloße Existenz aufrechenbarer Forderungen des Hauptschuldners gegen den Gläubiger selbst dann, wenn sich diese Forderungen aus dem gesicherten Rechtsverhältnis ergeben, keinen Rechtsbehelf gegen den aus der guarantee klagenden Gläubiger begründet. Dies ist nur dann möglich, wenn auch der Hauptschuldner nach den oben dargestellten Regeln im Rechtsstreit gegen den surety zur Partei gemacht wird.[338]

hh) ANFECHTBARKEIT ODER BEENDIGUNGSMÖGLICHKEITEN DES HAUPTSCHULDVERHÄLTNISSES

Nach Auffassung von Steyn handelt es sich bei der Frage, welche Rechte der surety gegen den Gläubiger hat, wenn der Hauptschuldner das Hauptschuldverhältnis wegen eines Mangels anfechten oder von ihm zurücktreten könnte, um eine res integra des englischen Rechts. Unter Berufung auf amerikanische Quellen und die Rechtslage in den auf den Einflüssen des römischen Rechts beruhenden Jurisdiktionen kommt er zu dem Ergebnis, daß englische Gerichte es dem Gläubiger einer guarantee verwehren würden, den surety in Anspruch zu nehmen, wenn das Hauptschuldverhältnis wegen eines vom Gläubiger zu verantwortenden Umstandes angreifbar wäre.[339]

Diese Rechtsansicht wird bei Rowlatt geteilt, allerdings mit der Einschränkung, daß dann, wenn der Hauptschuldner vom Gläubiger bei Abschluß des Hauptschuldverhältnisses getäuscht wurde und der surety nunmehr Aufhebung der guarantee begehrt, der Hauptschuldner zur Partei dieses Verfahrens gemacht werden sollte, um die gesamten Rechtsbeziehungen der Parteien aufheben zu können.[340] Dies ergibt sich aus der Entscheidung Allan v. Houlden.[341] Hier hatten sich zwei co-sureties verpflichtet, für die Bezahlung des Kaufpreises aus dem Verkauf einer Polsterei samt Warenlager einzustehen. Der Verkäufer hatte den Käufer über die erzielbaren Gewinne getäuscht und den Wert des Warenlagers nicht vereinbarungsgemäß

festsetzen lassen. Ein co-surety verlangte wegen dieses Sachverhalts Herausgabe der Verpflichtungsurkunde zur Ungültigerklärung. Seiner Klage wurde nicht stattgegeben, denn es wäre erforderlich gewesen, sowohl den Hauptschuldner als auch den anderen co-surety zur Partei des Rechtsstreits zu machen.

Zu der Frage, ob der surety sich auf ein mögliches Recht des Hauptschuldners, den Vertrag zu beenden (recission),[342] berufen kann, wird bei Rowlatt unter Verweisung auf die Entscheidung First National Bank of Chicago Ltd. v. Moorgate Properties Ltd. and others [343] erklärt, ein hieraus erwachsender Rechtsbehelf stünde dem surety nicht zur Verfügung.[344] Eine Analyse dieser Entscheidung zeigt jedoch, daß in Anbetracht der besonderen Umstände dieses Falles ein Rechtssatz dieser Allgemeinheit hierin nicht enthalten ist. Lord Denning lehnte es aus zwei Gründen ab, auf die Existenz eines Beendigungsrechts und die sich nach der Ausübung desselben ergebenden Gegenansprüche der Beklagten einzugehen, da zum einen dieses Recht unter Umständen wegen Zeitablaufs verwirkt war und vor allem, weil die Beklagte in ihrer Zustimmung zur Abtretung - die Klägerin war Zessionarin der eingeklagten Forderung - der Klägerin gegenüber erklärt hatte, auf Aufrechnungsrechte oder Widerklagen zu verzichten. Daß die Frage der Beendigung im Rechtsverhältnis zum surety aber überhaupt eine Rolle spielte, ist meines Erachtens darauf zurückzuführen, daß in diesem Prozeß Hauptschuldner und surety gemeinsam verklagt worden waren.

Ich meine daher, daß sich der surety auch auf Gestaltungsrechte des surety wenigstens mittelbar berufen kann, wenn der Hauptschuldner Partei eines gegen ihn anhängigen Verfahrens ist, denn hiermit wird dem Interesse an einer abschließenden und umfassenden Regelung der Rechtsbeziehungen der Parteien Rechnung getragen. Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, so hat der surety keine Möglichkeit, die Klage des Gläubigers gegen ihn aus diesen Gründen abzuwehren.

ii) BEENDIGUNG DES HAUPTSCHULDVERHÄLTNISSES

In England lassen sich zwei Grundvarianten unterscheiden, die dazu führen, daß die Parteien eines Vertragsverhältnisses von ihren gegenseitigen Pflichten aus diesem Vertrag entbunden werden. Ein Erlöschen der wechselseitigen Forderungen kann sich einmal in Einklang mit dem Vertrags-

verhältnis ergeben, es kann aber auch durch ein Ereignis eintreten, das in den ursprünglichen Vorstellungen der Parteien nicht vorgesehen war und deswegen eine der Parteien oder auch beide gemeinsam gestaltend in das Vertragsverhältnis eingegriffen haben.[345]

Im ersteren Fall gilt die Regel, daß die den Hauptschuldner befreiende Erbringung seiner vertraglichen Leistungsverpflichtungen auch dem surety von seiner Verbindlichkeit befreit. Dies gilt auch für die Erbringung einer Teilleistung, die zu einer teilweisen Befreiung führt.[346] Das Verknüpfungsprinzip kommt hier voll zur Entfaltung, denn diese Wirkungen auf die guarantee ergeben sich direkt aus dem Hauptschuldverhältnis, und allein die Verknüpfung beider Schuldverhältnisse rechtfertigt die Wirkung auf die guarantee.

Die zweite Alternative weist im Falle des Vertragsbruches durch den Hauptschuldner die Besonderheit auf, daß dann, wenn der Vertrag deswegen aufgehoben wird, das Hauptschuldverhältnis zwar beendet ist, aber dennoch eine Haftung des surety bestehen bleibt. Dies folgt aus der bereits oben besprochenen Entscheidung Moschi v. Lep Air Services Ltd.[347] Zum Aspekt der Verknüpfung hat Lord Reid ausgeführt:

> So it appears to me that when a contract is brought to an end by repudiation accepted by the other party all the obligations in the contract come to an end and they are replaced by operation of law by an obligation to pay money damages. The damages are assessed by reference to the obligations but the old obligations no longer exist as obligations ... The respondents did not recover these damages from the company so they were part of the loss suffered by the respondents as a result of the company's breaches of contract. The appellant as guarantor had undertaken that the company would carry out its contract so the damages which the company have not paid were part of the loss flowing from the appellant's breach of contract for which the appellant is liable.[348]

Dies scheint nur auf den ersten Blick ein Verstoß gegen eine strikte Verknüpfung zu sein, denn es besteht kein Zweifel, daß diese Durchbrechung vom wirtschaftlichen Zweck der guarantee gefordert wird.[349] Auch zeigt das dictum von Lord Reid, daß das Verknüpfungsprinzip im wesentlichen gewahrt bleibt, denn der nach Beendigung des Hauptschuldverhältnisses entstehende Schadensersatzanspruch wird als direkt aus dem Vertragsbruch entstammend qualifiziert, und mit jedem Vertragsbruch des Hauptschuldners entsteht der Anspruch aus der guarantee.

/ 69

e) BEENDIGUNG DER GUARANTEE

Neben den bereits oben dargelegten Umständen, die zu einer Befreiung des surety führen können und deren Ursache einmal in der Hauptschuld zu suchen ist, oder solchen Lagen, die wegen der Verletzung einer Vertragspflicht durch den Gläubiger dem surety einen Rechtsbehelf gegen die guarantee zugestehen, gibt es weitere Faktoren, die zu einem Freiwerden des surety von seiner Verbindlichkeit führen können. Hier ist zunächst eindeutig, daß die Parteien der guarantee eine bestimmte Dauer ihrer vertraglichen Beziehungen vereinbaren können und der Zeitablauf zum Erlöschen der guarantee führt.[350] Daneben gibt es zwei wesentliche Fallgruppen, bei deren Vorliegen der surety aus seiner Haftung entlassen wird. Es handelt sich hierbei zunächst um die Fälle, in denen Gläubiger und Hauptschuldner nach Abschluß der guarantee auf das gesicherte Rechtsverhältnis einwirken, oder aber solche Fälle, bei denen der Gläubiger weitere neben der guarantee bestehende Sicherheiten in unangemessener Weise verwertet oder aufgibt.

aa) NACHTRÄGLICHES EINWIRKEN AUF DAS HAUPTSCHULDVERHÄLTNIS

Grundsätzlich wird der surety von seinen Verpflichtungen frei, wenn das Hauptschuldverhältnis von Gläubiger und Hauptschuldner ohne Zustimmung des surety verändert wird, wie die Entscheidung Bonar v. Macdonald (1850) [351] deutlich macht.

> Any variance in the agreement to which the surety has subscribed, which is made without the surety's knowledge or consent, which may prejudice him, or which may amount to a substitution of a new agreement for a former agreement, even though the original agreement may, notwithstanding such variance, be substantially performed, will discharge the surety.[352]

Ein häufiger Fall einer den surety befreienden nachträglichen Vereinbarung ist eine Stundungsabrede zwischen Hauptschuldner und Gläubiger. Seit der Entscheidung Rees v. Berrington (1795) [353] ist dies ständige Rechtsprechung.

> Where a man is a surety at law for the debt of another, payable at a given time, if the obligee defeats the conditions of the bond, he discharges the security ... He is a surety to a definite, not an indefinite engagement.[354]

Der Grund hierfür liegt darin, daß der surety ein unten noch näher zu besprechendes Recht hat, vom Gläubiger die Durchsetzung seiner Hauptforderung gegen den Hauptschuldner zu verlangen, was dem Gläubiger aber wegen der Stundungsabrede verwehrt wäre. Auch der Regreßanspruch des surety wäre eingeschränkt, denn der Hauptschuldner könnte sich bei seiner Inanspruchnahme durch den surety auf die Stundung berufen. Daher wird der surety von seiner Verpflichtung aus der guarantee frei, weil in seine Rechte eingegriffen wird.

Entscheidend ist, daß der Stundungsabrede eine bindende, also insbesondere eine von einer consideration getragene Vereinbarung zugrunde liegt. Ob es genügt, daß bei fehlender consideration eine Bindungswirkung dadurch erreicht werden kann, daß sich der Hauptschuldner auf ein estoppel berufen kann, ist unklar.[355]

Die bloße Untätigkeit des Gläubigers reicht nicht aus, ein Freiwerden des surety nach sich zu ziehen.[356]

Es kommt jedoch nicht darauf an, ob die Stundung für einen bedeutenden Zeitraum gewährt wurde oder sich tatsächlich zum Nachteil des surety ausgewirkt hat.[357] In Petty v. Cooke (1871) wurde diese Rechtslage als auf im höchsten Maße rechtstechnischen Überlegungen beruhend kritisiert,[358] und auch Williams hält die hierdurch gewonnenen Entscheidungen für Ergebnisse eines bedauerswert formalistischen Ansatzes.[359]

Diese Kritik hat nichts daran geändert, daß nach wie vor der von Lord Cairns L.C. in Overend Gurney & Co. v. Oriental Financial Corp. aufgestellte Grundsatz gilt:

> It is quite true that the giving of additional security will not itself discharge a surety, but if such security is given on a contract to give time in consideration of the giving of the security, then the time given under these circumstances is, apart from the consent of the surety a discharge of his liability.[360]

Nur der Gesetzgeber oder aber eine von den eigenen Grundsätzen abweichende Entscheidung des House of Lords[361] vermag an dieser Rechtslage etwas zu ändern.

In der Praxis werden die Konsequenzen dieser Rechtsprechung dadurch

abgewendet, daß die gebräuchlichen guarantee-Vordrucke eine Klausel enthalten, durch die der surety den Gläubiger ermächtigt, mit dem Hauptschuldner nach seinen Vorstellungen Stundungsvereinbarungen zu treffen.[362] Gegen eine solche Klausel bestehen keine Bedenken.[363]

Der Gläubiger kann sich aber auch auf andere Weise seine Rechte gegen den surety erhalten, selbst wenn es an einer vertraglichen Vereinbarung, die das Recht einräumt, eine Stundungsabrede zu treffen, fehlt. Dies ist dann der Fall, wenn sich der Gläubiger bei der Vereinbarung mit dem Hauptschuldner seine Rechte gegen den surety vorbehält. Am deutlichsten wird dies durch ein von Willes J. in Bateson v. Gosling (1871) angewandtes dictum aus einer anderen Entscheidung:

> As to giving time, the authorities, which are almost innumerable have settled, that upon any giving of time to a principal debtor, if there be a reservation of rights against the surety, the surety is not discharged; for, when the right is reserved the principal debtor cannot say it is inconsistent with giving him time that the creditor should be at liberty to proceed against the sureties, and that they should turn round upon the principal debtor, notwithstanding the time so given him.[364]

Dieser Rechtslage liegt die Überlegung zugrunde, daß der Hauptschuldner bei einem Vorbehalt der Rechte des Gläubigers gegen den surety weiter damit rechnen muß, daß der surety nach seiner Inanspruchnahme jederzeit gegen ihn vorgehen kann und daher dessen Rechte nicht beeinträchtigt sind.[365]

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt dann, wenn der Gläubiger ein obsiegendes Urteil gegen Hauptschuldner und surety erwirkt hat und dem Hauptschuldner nunmehr die titulierte Forderung stundet.

> The doctrine that the giving of time to the principal debtor releases the surety has no application to the case where judgment has been recovered against several co-defendants, whatever may have been the original rights inter se, either as principal and surety or as co-debtors. [366]

Die Begründung für diese Ausnahme ergibt sich aus der doctrine of merger. Diese besagt, daß ein Gerichtsurteil den ihm zugrunde liegenden Lebenssachverhalt in sich aufnimmt und sich nach dem Urteil die zwischen den

Parteien bestehenden Rechte und Pflichten ausschließlich nach dem Urteilsausspruch richten.[367]

Leading case für andere Eingriffe in das Hauptschuldverhältnis ist Holme v. Brunskill (1877).[368] Mit der dieser Entscheidung zugrundeliegenden guarantee sollte der Rückgabeanspruch in bezug auf eine Schafherde gesichert werden, die gleichzeitig mit einer Farm überlassen wurde. Der Pächter einigte sich drei Jahre nach Vertragsschluß mit dem klagenden Verpächter, daß er einen Grundstücksteil gegen eine Reduzierung des Pachtzinses an den Verpächter zurückgab. Der Pächter wurde dann zahlungsunfähig, und bei der Rückgabe der Farm wurde festgestellt, daß sich die Schafherde in Wert und Qualität verschlechtert hatte. Der Verpächter nahm daraufhin den surety in Anspruch. Seine Klage wurde jedoch abgewiesen. Cotton L.J. begründete dieses Ergebnis damit, daß der surety seine Zustimmung zu der auf Reduzierung des Pachtzinses gegen Rückgabe eines Grundstücksteils gerichteten Vertragsänderung hätte geben müssen.

> If there is any agreement between the principals with reference to the contract guaranteed the surety ought to be consulted, and that he has not consented to the alteration, although in cases where it is without inquiry evident that the alteration is unsubstantial, or that it cannot be otherwise than beneficial to the surety, the surety may not be discharged; yet, that if it is not self-evident that the alteration is unsubstantial, or one which cannot be prejudical to the surety, the Court, will not, in an action against the surety, go into an inquiry as to the effect of the alteration, or allow the question, whether the surety is discharged or not, to be determined by the finding of a jury as to the materiality of the alteration or on the question whether it is to the prejudice of the surety, but will hold that in such case the surety himself must be the sole judge whether or not he will consent to remain liable notwithstanding the alteration, and that if he has not so consented he will be discharged.[369]

Dies bedeutet, daß jede Vertragsänderung, die nicht offensichtlich unbedeutend oder eindeutig nur vorteilhaft für den surety ist, zu einer Befreiung des surety führt. Hierbei handelt es sich um eine Rechtsfrage, die keiner Jury zur Entscheidung vorgelegt werden kann. Diesen Aspekt hat Brett L.J. in seiner dissenting opinion abgelehnt, denn in der ersten Instanz war diese Frage von einer Jury dahin entschieden worden, daß die Änderung unbedeutend war. Er war vielmehr der Überzeugung, daß diese Wertung nicht durch eine Beurteilung des Gerichts

ersetzt werden kann.[370]

Chitty J. hat diesen Rechtssatz aber nachdrücklich bestätigt und auch auf die Fälle von Realinterzessionen erweitert.[371]

Wichtig in diesem Zusammenhang ist aber auch die Frage, in welchem Umfang der surety bei seiner guarantee das Hauptschuldverhältnis in diese mit einbezogen hat. In Stewart v. McKean (1855) hatten die Kläger mit dem Hauptschuldner eine neue Art der Abrechnung eingeführt, ohne daß sich der surety jemals um Fragen der Abrechnung gekümmert oder hiervon gewußt hätte. Die Mehrheit des Court of Exchequer war daher der Überzeugung, daß der surety durch die Vereinbarung eines neuen Abrechnungsmodus nicht befreit wurde, sondern diese Vertragsänderung noch von den allgemein gehaltenen Worten der guarantee mit umfaßt war.

Auch in Sanderson v. Aston (1873)[373] hatte der beklagte surety von dem Inhalt des Dienstvertrags zwischen dem Hauptschuldner und dem klagenden Gläubiger keine Kenntnis. Daher führte eine Verlängerung der ursprünglichen Kündigungsfrist von einem Monat auf dann drei Monate nicht zu seiner Befreiung.

Dagegen war in Whitcher v. Hall (1826)[374] das Grundverhältnis in vollem Umfang in die guarantee aufgenommen, und eine unbedeutende Änderung führte zu einer Befreiung des surety. Hier war dem Hauptschuldner das Melken von dreißig Kühen gegen Zahlung eines Entgelts gestattet worden. Der Beklagte wollte mit seiner guarantee für die Zahlung des vereinbarten Entgelts einstehen. Nun wurden im ersten Jahr lediglich achtundzwanzig Kühe überlassen, im zweiten Jahr aber zweiunddreißig Kühe. Diesen Umstand hielt die Mehrheit der Richter für ausreichend, den surety von seiner Verpflichtung freiwerden zu lassen.[375]

Ein weiteres Beispiel findet sich in Egbert v. National Crown Bank,[376] wo sich der surety als Befreiungsgrund auf eine zwischen Hauptschuldner und Gläubiger nachträglich vereinbarte Zinserhöhung berief. Da jedoch dieser höhere Zinssatz wegen eines Verstoßes gegen den Bank Act unwirksam war, blieb die Haftung des surety bis zur Höhe des ur-

sprünglichen Zinssatzes bestehen.

Auch hier muß darauf hingewiesen werden, daß insbesondere die von den Banken verwendeten guarantee-Formulare weitreichende Klauseln enthalten, die die Anwendung der oben dargestellten Regeln verhindern sollen.[377] Dies ändert jedoch nichts an der bestehenden Rechtslage, wie zum Beispiel die Entscheidung Burnes v. Trade Credit Ltd. [378] zeigt, wo eine nachträgliche Zinserhöhung, die an eine Stundung gekoppelt war, trotz einer weiten Fassung der entsprechenden Vertragsklauseln als eine die Rechte des surety beeinträchtigende Veränderung betrachtet wurde, die zu seiner Befreiung führte.

In National Bank of Nigeria v. Awolesi [379] hatte sich der beklagte surety verpflichtet, als Gegenleistung für die Fortführung eines bereits bei der klagenden Bank bestehenden Kontos des Hauptschuldners für dessen Schulden hieraus einzustehen. Kurze Zeit nach Erklärung der guarantee eröffnete der Hauptschuldner ein weiteres Konto bei derselben Bank, in das nunmehr sämtliche Einzahlungen des Hauptschuldners erfolgten. Der Privy Council entschied, daß die Bank durch ihre Zustimmung zu der Eröffnung eines zweiten Kontos die Rechtsposition des surety beeinträchtigte, denn es war dem Hauptschuldner nunmehr möglich, Einzahlungen vorzunehmen, ohne ein Erlöschen der guarantee auszulösen. Aus diesem Grund wurde die Klageabweisung des Federal Supreme Court of Nigeria bestätigt.

Wenn der Gläubiger und der Hauptschuldner eine Vereinbarung treffen, die zu einer vollständigen und unbedingten Befreiung des Hauptschuldners führt, so wird auch der surety frei, selbst wenn sich der Gläubiger das Vorgehen gegen den surety vorbehalten hat.[380] Allerdings kann, wenn sich der Gläubiger seine Rechte gegen den surety vorbehält, eine eigentlich die Befreiung des Hauptschuldners implizierende Vereinbarung in ein Versprechen des Gläubigers umgedeutet werden, er, der Gläubiger, werde den Hauptschuldner nicht verklagen. Die Absicht, den Hauptschuldner endgültig zu entlassen, darf jedoch nicht offensichtlich sein.[381] Weiter muß sich dann aus der Vereinbarung ergeben, daß der Hauptschuldner das Bestehenbleiben seiner Verpflichtung gegenüber dem surety akzeptiert hat.

> It is argued that the creditor may release his debtor and reserve to himself the right to sue the surety, and that no

> doubt may be done, but only where the language of the release, or the deed in which it is contained, is such that the debtor accepts the release subject to the conditions that he shall remain liable to pay the debt tu the surety in the case he shall have paid it, whether voluntarily or under process, to the creditor. [382]

In diesem Fall werden die Rechte des surety ebenfalls nicht beeinträchtigt, weswegen keine Veranlassung besteht, ihn von seiner Haftung freizustellen.

Die Wirksamkeit eines Vorbehalts der Rechte gegen den surety findet jedoch ihre Grenze, wenn feststeht, daß es in Wirklichkeit zu einer vollständigen Befreiung des Hauptschuldners gekommen ist. Ein solcher Fall liegt dann vor, wenn im Wege der novation [383] ein neuer Schuldner an die Stelle des Altschuldners trat. Dies wurde vom Judical Committee in Commercial Bank of Tasmania v. Jones [384] entschieden.

> But a covenant not to sue the principal debtor, is a partial discharge only, and, although expressly stipulated for, is ineffectual, if the discharge given is in reality absolute. In this case, the acceptance of Marshall as a full debtor, in room and stead of Wakeham, which constituted a complete novation of debt, necessarily operated as an absolute release of Wakeham, and it is therefore in vain to contend that such novation merely amounted to a covenant not to sue the debtor for whom the respondent was a surety. [385]

Ob eine novation grundsätzlich zum Erlöschen einer für die novierte Forderung bestehenden guarantee führt, kann nicht eindeutig gesagt werden. Im Falle einer novation, durch die der Gläubiger ausgetauscht wurde, kann einem dictum von Pickford L.J. in Bradford Old Bank v. Sutcliffe [386] entnommen werden, daß einer solchen Vereinbarung keine wesentlich anderen Wirkungen beizumessen sind als einer Forderungsabtretung, soweit es sich um inhaltlich bestimmte und bestehende Forderungen handelt.

> There can be no doubt that a novation by which the original debtor is released from his debt discharges the surety, but a transfer of an existing and ascertained debt to another creditor stands on different footing ... It has been cleary decided in a case by which we are bound that an assignment of the debt does not discharge the surety ... It seems to me that for all purposes, so far as the interests of the surety are concerned, a novation by which the original creditor releases the debtor has no greater effect than an assignment of the debt with notice to the surety.[387]

Allerdings stand nicht endgültig fest, ob es sich tatsächlich um eine novation gehandelt hat, und Scrutton L.J. erklärte, er wolle keine abschließende Meinung darüber äußern, ob eine novation, durch die der Gläubiger ausgetauscht werde, zwingend zum Erlöschen der guarantee führe oder nicht.[388]

Keine den surety befreiende Veränderung des Hauptschuldverhältnisses ist die Annahme eines Rücktritts des Hauptschuldners durch den Gläubiger, wie sich aus Moschi v. Lep Air Services Ltd. [389] ergibt. Am deutlichsten kommt dies in den von Lord Simon dargelegten Gründen zum Ausdruck:

> It is only in the jurisprudence of Humpty Dumpty that the recission of a contract can be equated with its variation. The acceptance of the repudiation of an agreement does not alter its terms in any way - it merely transmutes the primary obligation of the promisor to perform the terms contractually into a secondary obligation, imposed by law, to pay damages for their breach. [390]

Dahinter steckt die Vorstellung, daß der Gläubiger ein ihm gesetzlich zustehendes Recht, das dem Hauptschuldverhältnis entspringt, ausüben kann, denn hierdurch ändert er das Hauptschuldverhältnis nicht, sondern setzt es lediglich gegenüber dem Verpflichteten durch.[391]

bb) VERWERTUNG UND AUFGABE VON SICHERHEITEN

Bei der Behandlung dieses Problemkreises muß man sich zunächst klarmachen, daß der surety berechtigt ist, im Falle der Befriedigung des Gläubigers durch ihn Ausgleich von seinen co-sureties zu verlangen,[392] und nach s. 5 Mercantile Law Amendment Act 1856 Anspruch auf Abtretung aller weiteren Sicherheiten hat, die für die durch seine guarantee gesicherte Hauptschuld bestehen.

Wie die Entscheidung Carter v. White [393] zeigt, kommt es für die Rechtsfolgen aus einer Handlung des Gläubigers, die diese Rechte des surety antastet, darauf an, ob im Vertrag Gläubiger/surety eine ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung bestand, weitere Sicherungsrechte in ihrem Bestand zu erhalten oder zu erwerben. [394]

> The principle is this: that if there is a contract, express or implied, that the creditor shall acquire or preserve any right against the debtor, and the creditor deprives himself of the right which he has stipulated to acquire, or does anything to release any right which he has, that discharges the surety; but when there is no such contract, and he has only a right to perfect what he has in his hands, which he does not do, that does not release the surety unless he can show that he has received some injury in consequence of the creditor's conduct. [395]

Wenn also die Erhaltung weiterer Sicherheiten vertragliche Pflicht des Gläubigers war, führt jede Veränderung hinsichtlich dieser Sicherheiten zum vollständigen Freiwerden des surety.

In Smith v. Wood [396] war einer von zehn co-sureties aus seiner Haftung entlassen worden. In Anwendung des in Holme v. Brunskill entwickelten Prinzips kam der Court of Appeal zu dem Ergebnis, daß die verbliebenen co-sureties hierdurch von ihren Verpflichtungen frei geworden seien, ohne daß es darauf ankomme, ob hierdurch auch ein Schaden entstanden sei.

> The result of the alteration was not really large in the case, but the contributing person is to be the sole judge of whether or not he will consent to remain liable notwithstanding the alteration. [397]

Dieses Grundprinzip erleidet aber meines Erachtens zwei wesentliche Durchbrechungen.

Rainbow v. Juggins [398] zeigt, daß dann, wenn eine weitere Sicherheit völlig wertlos ist, die Aufgabe dieser Sicherheit die Rechtsposition des surety nicht beeinträchtigt und deswegen auch kein Freiwerden des surety bewirkt, selbst wenn die Sicherheit ausdrücklich Gegenstand der guarantee war. Hier hatte der Gläubiger eine ihm vom Hauptschuldner als Sicherheit hinterlegte Lebensversicherungspolice, für die dieser keine Prämien bezahlt hatte, im Konkurs des Hauptschuldners aus naheliegenden Gründen nicht zur Anrechnung gebracht. Dies führte dazu, daß das Konkursgericht die Herausgabe dieser Sicherheit anordnete. Auch die Technik der implied terms [399] führte hier dazu, daß sich der surety auf ein Freiwerden nicht berufen konnte.

> It must be taken that where three persons enter into the relationship of creditor, debtor and surety, the possible bankruptcy of the debtor is an event which the surety has in his contemplation at the time of entering into the contract of suretyship, and that consequently

> it becomes an implied term of the contract that, in the event of bankruptcy occurring, the creditor shall be entitled to exercise that option which the bankruptcy law gives him in the way which is most advantageous to himself. 400

Die Zulässigkeit dieser Technik ergibt sich auch aus der Entscheidung Taylor v. Bank of N.S.W. [401], wo erklärt wurde, daß die Zustimmung der Gläubigerin der guarantee zu einer Verfügung des Hauptschuldners über weitere Sicherheiten, die sich aus der Notwendigkeit einer ordentlichen Geschäftsführung ergab, keine den surety befreiende Handlung war.

Wenn nun aber die Frage von weiteren Sicherheiten nicht Vertragsbestandteil der guarantee war, was zum Beispiel dann der Fall ist, wenn der Gläubiger diese Sicherheiten erst nach Erlangung der guarantee erwirbt,[402] so führt eine Verfügung des Gläubigers hierüber nur zu einer Befreiung des surety in Höhe des tatsächlich hierdurch eingetretenen Schadens. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der surety von der Existenz dieser Sicherheiten Kenntnis hat. [403]

Der Grundsatz der teilweisen Befreiung wurde in Ward v. National Bank of New Zealand [404] dargestellt. Hier wurden auch die Voraussetzungen für eine Befreiung deutlich gemacht:

> It has been held in other cases that, where the creditor wastes or improperly deals with a security the surety is released pro tanto. The claim of a several surety to be released upon the creditor releasing another surety, arises not from the creditor having broken his contract but from his having deprived the surety of his remedy for contribution in equity. The surety, therefore in order to support his claim, must show that he had a right to contribution, and that that right has been taken away or injuriously affected. 405

Hieraus ergibt sich, daß in solchen Fällen die willentliche Entlassung eines co-surety zu einer teilweisen Befreiung führen kann.

Aber auch die Verschleuderung oder die unsachgemäße Verwertung von Sicherheiten kann die Verpflichtung des surety reduzieren. So konnte sich in Mutual Loan Fund Association v. Sudlow [406] der beklagte surety mit Erfolg darauf berufen, daß die vom Gläubiger mit dem Verkauf der zur Sicherheit übereigneten Möbel des Hauptschuldners beauftragten Personen bei einer ordentlichen Ausführung des Verkaufs einen Preis hätten

erzielen können, der zur vollständigen Befriedigung des Gläubigers ausgereicht hätte.

In Wulff v. Jay [407] hatten die Gläubiger versäumt, eine bill of sale registrieren zu lassen, und es unterlassen, die hierdurch zur Sicherheit übereigneten Betriebseinrichtungen und Warenvorräte in Besitz zu nehmen. Der surety konnte sich bei seiner Inanspruchnahme hierauf berufen und haftete lediglich nur noch für einen geringen Teilbetrag, der nach Abzug des Wertes des Sicherungsguts verblieb.

Hieraus läßt sich eine allgemeine Pflicht des Gläubigers ableiten, bei der Verwertung weiterer Sicherheiten nicht nachlässig vorzugehen, wenn er verhindern will, daß der surety bis zur Höhe des hierdurch entstandenen Schadens befreit wird. [408]

Diese Pflicht wurde jedoch in zwei neueren Entscheidungen zunächst in Frage gestellt. In Barclays Bank Ltd. v. Thienel & Thienel [409] entschied das Gericht, daß die klagende Gläubigerin dem surety gegenüber keine Verpflichtung hatte, bei der Verwertung von Sicherungsgut die geforderte Sorgfalt (reasonable care) aufzuwenden, um einen angemessenen Preis zu erzielen. Begründet wurde dies in erster Linie damit, daß sich die Bank in der Verpflichtungserklärung des surety vertraglich ausbedungen hatte, nach Gutdünken mit allen weiteren Sicherheiten verfahren zu können.

Auch in Latchford v. Beirne [410] wurde eine solche Pflicht grundsätzlich verneint, wenn auch hier der Unterschied bestand, daß nicht der Gläubiger der guarantee, sondern ein von diesem über das Vermögen des Hauptschuldners eingesetzter Zwangsverwalter (receiver) die Sicherungsgegenstände in unangemessener Weise verwertet hatte.

Diese beiden Entscheidungen wurden jedoch vom Court of Appeal in Standard Chartered Bank v. Walker [411] ausdrücklich mißbilligt. Hier hatten sich die beklagten sureties damit verteidigt, der von der klagenden Bank eingesetzte Zwangsverwalter habe die mit einer charge belasteten Vermögensgegenstände der Hauptschuldnerin erheblich unter Wert verkauft. Hätte er beim Verkauf die erforderliche Sorgfalt angewandt, so wäre ein weitaus höherer Betrag erzielbar gewesen, der

zu einer Reduzierung der Hauptschuld und damit auch zu einer Verringerung ihrer Haftung geführt hätte. Dieser Vortrag war geeignet, den Beklagten ein uneingeschränktes Verteidigungsrecht einzuräumen, so daß die klagende Bank kein Urteil im Schnellverfahren erreichen konnte.[412] Lord Denning begründete dies unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung zu der Sorgfaltspflicht des Sicherungseigentümers bei der Verwertung von Sicherungsgut.

> If a mortgagee enters into possession and realises mortgaged property it is his duty to use reasonable care to obtain the best possible price which the circumstances of the case permit. He owes this duty not only to himself (to clear off as much of the debt as he can) , but also to the mortgagor so as to reduce the balance owing as much as possible, and also to the guarantor so that he is liable for as little as possible on the guarantee. This duty is only a particular application of the general duty of care to your neighbour ... If it should appear that the mortgagee or the receiver have not used reasonable care to realise the assets to the best adventage, then the mortgagor, the company and the guarantor are entitled in equity to an allowance. They should be given credit for the amount which the sale should have realised if reasonable care had been used. [413]

Zwar spricht Lord Denning hier lediglich von einem gutzuschreibenden Betrag zwischen tatsächlich erzieltem und bei Anwendung der geforderten Sorgfalt erzielbarem Preis, jedoch meine ich unter Einbeziehung der älteren, zu diesen Fragen ergangenen Entscheidungen, daß der surety bis zur Höhe des Unterschiedsbetrags von seiner Verpflichtung frei wird. [414]

Obiter hat Lord Denning interessanterweise die eine Haftung der Bank begründende guarantee-Klausel in der oben besprochenen Entscheidung Barclays Bank Ltd. v. Thienel für unfair und unvernünftig im Sinne des The Unfair Contracts Terms Act 1977 gehalten, weil der surety grundsätzlich nicht für einen höheren Betrag als der Hauptschuldner haften könne und ihm deswegen jede Reduzierung der Hauptschuld aus gutem Grund ebenfalls zugute kommen müsse. [415]

f) SONDERRECHTE DES SURETY

Wird der Anspruch aus dem gesicherten Hauptschuldverhältnis fällig, so kann der surety vom Gläubiger verlangen, die Hauptforderung ein-

zuziehen.[416] Dies folgt aus einem dictum von Lord Chancellor Loughborough in Rees v. Berrington (1795):

> The surety has a right the day after the bond is due to come here and insist upon its being put in suit.[417]

Dieses Recht wurde von Lord Eldon L.C. in Wright v. Simpson (1802) dahin eingeschränkt, daß der surety bei dieser Vorgehensweise den Gläubiger absichern muß.

> But in the late cases, provided there is no risk, delay or expense as in the case put the money in the next room, indemnifying against the consequences of risk, delay and expense, the surety has a right to call upon the creditor to do the most he can for his benefit.[418]

Hierdurch ist dieses Recht des surety weitgehend uninteressant geworden, denn nunmehr ist der surety verpflichtet, unter Umständen zunächst sogar mehr aus seinem Vermögen bereitzustellen, als er aufgrund seiner guarantee hätte leisten müssen. Dies mag der Grund sein, aus dem die Existenz eines solchen Rechts heute verschiedentlich angezweifelt wird.[419]

An dieser Stelle soll aber auch auf eine weitgehend ungeklärte Frage des englischen Rechts eingegangen werden. Bei Rowlatt wird die Auffassung vertreten, daß der surety aus Billigkeitsgründen das Recht haben kann, den Gläubiger davon abzuhalten, die gesamten Lasten, die sich bei der Realisierung der gesicherten Forderung ergeben, auf den surety allein abzuwälzen.[420]

Diese Frage kann dann relevant werden, wenn zahlungsfähige co-sureties vorhanden sind und es für den Gläubiger ohne weitere Schwierigkeiten möglich wäre, diese mitzuverklagen, oder wenn feststeht, daß der Hauptschuldner über eigene Mittel verfügt, die es ihm ermöglichen, seinen Verpflichtungen aus dem Hauptschuldverhältnis nachzukommen.

Was den Fall der solventen co-sureties betrifft, so findet sich in Craythorne v. Swinburne[421] ein dictum von Lord Eldon L.C., aus dem sich ein Ansatzpunkt für einen besonderen Rechtsbehelf des surety ergibt.

> As that (the doctrine of contribution) stands on this, that all sureties are equally liable to the creditor and it does not rest upon him to determine on whom the burden shall be thrown exclusively; that equality is equity and if he will not make them contribute equally, this court will finally by arrangement, secure that object.[422]

Wie dieses Ziel auf gerichtlichem Wege erreicht werden kann, deutet Wright J. in Wolmershausen v.Gullick [423] an. Hier verlangte die Klägerin, die von ihrem verstorbenen Ehemann als Nachlaßverwalterin eingesetzt worden war, von co-sureties ihres Ehemanns Ausgleich. Die Gläubigerbank hatte bereits ein Urteil auf Zahlung der gesamten Hauptforderung erwirkt, eine Vollstreckung hieraus oder auch eine Zahlung hierauf war jedoch noch nicht erfolgt. Der Klage wurde stattgegeben und obiter erklärte Wright J.:

> In this state of the authorities I think that, if the plaintiff had made the creditors defendants to the present action, I ought to have held that the allwance of the principal creditors' claim in the administration action was equivalent to a judgment against the plaintiff for the whole amount of guarantee and that ... the plaintiff would have been entitled to a declaration of her right to contribution, and to an order upon the solvent co-surety to pay his proportion to the principal creditors. The principal creditors not being parties, I think that I cannot order payment to them or directly prevent them from enforcing their judgment against the plaintiff alone. [424]

Daraus ergibt sich, daß es ein co-surety in der Hand hat, dann, wenn ein solventer co-surety hätte ebenfalls in Anspruch genommen werden können, seine Haftung gegenüber dem Gläubiger auf den ihn treffenden Anteil zu begrenzen. [425] Hierfür ist erforderlich, daß er entweder seinen co-surety zur Partei im Verfahren des Gläubigers gegen ihn macht oder aber selbst Ausgleich vom co-surety verlangt und den Gläubiger zur Partei dieses Verfahrens macht.

Zur Frage des zahlungsfähigen Hauptschuldners fehlt es an einschlägigen Entscheidungen. Hier kann sich, wie unten noch dargestellt werden wird, der surety selbstverständlich unter bestimmten Voraussetzungen an den Hauptschuldner halten. Ich meine allerdings, daß der surety bei dieser Lage auch einen besonderen Rechtsbehelf gegen den Gläubiger hat. Dies steht im Widerspruch zu der weitverbreiteten Auffassung in England, daß es keine dem Gläubiger obliegende Verpflichtung moralischer oder rechtlicher Art gebe, sich zuerst an den Hauptschuldner zu halten. [426] Diese Ansicht wird zum Beispiel unter Hinweis auf das Fehlen einer Einrede der Vorausklage gerechtfertigt. [427] Damit ist aber zunächst nur gesagt, daß der surety im Prozeß gegen ihn seine Inanspruchnahme nicht mit dem Argument abwehren kann, der Gläubiger sei noch nicht gegen den Hauptschuldner vorgegangen. Eine ganz andere Frage aber ist, ob der

surety unter Verweis auf die Solvenz des Hauptschuldners möglicherweise die Vollstreckung aus einem gegen ihn ergangenen Urteil verhindern kann. Ein solches Recht ergibt sich nach meiner Überzeugung aus einem writ, das dem surety einen Rechtsbehelf einräumte, die Zwangsvollstreckung in sein Vermögen zu verhindern, solange der Hauptschuldner zahlungsfähig ist.

> The king to the sheriff, greeting. A., B., and C., have shown to us that, whereas they had become sureties of C. towards Y. for a certain sum of money in which the said X. was held to the said Y., and the same X. has enough whereof he can pay the said money, you nevertheless distrain them to pay to the said Y. the money aforesaid. And because it is unjust that any sureties be compelled to pay a debt as long as the principal debtors have sufficient whereof they can pay their debt, we command you that you distrain the aforesaid X. for the aforesaid money, and that you admit the aforesaid sureties to have peace thereof, and you cause their beasts, if you have seized any on that occassion, to be delivered without delay. [428]

Diese erstaunlich deutlichen Aussagen sind heute völlig in Vergessenheit geraten. Lediglich bei Fitz-Herbert findet sich ein Hinweis darauf, daß der surety gegenüber Zwangsvollstreckungsmaßnahmen des sheriff einen speziellen Rechtsbehelf zur Abwendung dieser Zwangsmaßnahmen hat, wenn der Hauptschuldner zahlungsfähig ist.[429] Daß hiervon heute nicht mehr gesprochen wird, ist noch verwunderlicher, wenn man Kapitel 8 der Magna Carta 1297 betrachtet. Hierdurch wird die Krone verpflichtet, zunächst die Haftungsgrundlage des Hauptschuldners auszuschöpfen, bevor auf die sureties zurückgegriffen werden kann.[430] Zwar regelt die Magna Carta in erster Linie das Verhältnis von Krone und Bürger, jedoch fehlt dem oben dargestellten writ eine solche personale Beschränkung, so daß der Schluß zulässig ist, hierin ein allgemeines Prinzip zu sehen, denn es ist kein vernünftiger Grund ersichtlich, einen surety nur deswegen für weniger schutzbedürftig zu halten, weil die Krone als Gläubigerin gegen ihn vorgeht. Ich halte es daher für vertretbar, die Existenz eines Rechtsbehelfs zu behaupten, der es dem surety erlaubt, die Vollstreckung aus einem gegen ihn ergangenen Urteil aufzuhalten, wenn er nachweist, daß der Hauptschuldner über Mittel verfügt, die es ihm erlauben, seinen Verpflichtungen aus dem Hauptschuldverhältnis nachzukommen. Prozessual kann der surety dies gemäß O. 47 r. 1 (1) (a) R.S.C. durch ein writ of fieri facias bewirken.

Ein weiterer wichtiger Aspekt ist, daß dieses Recht des surety vertraglich nicht abbedungen werden kann. Dies ist eine Konsequenz der doctrine

of merger, denn das Urteil ersetzt das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien. [431]

Da es an einer bindenden Entscheidung zu dieser Frage fehlt, kann nicht gesagt werden, ob ein Gericht schon bei dieser Sachlage die Vollstreckung eines Urteils tatsächlich aussetzt oder weitere Erfordernisse aufstellt. In verschiedenen Gerichtsverfahren tauchte dieses Problem im vorbereitenden Verfahren auf und wurde dann bereits in diesem Stadium mit unterschiedlichen Ergebnissen bewältigt. [432]

g) SUBROGATION

Sobald der surety den Gläubiger befriedigt hat, tritt er in dessen Rechtsstellung ein. [433] Das diesem Grundsatz zugrundeliegende Prinzip hat in umfassender Klarheit Sir Samuel Romilly als Klägervertreter in Craythorne v. Swinburne [434] formuliert, und es wurde von Lord Eldon L.C. [435] und auch in späteren Entscheidungen ausdrücklich gebilligt. [436]

> ... a surety will be entitled to every remedy which the creditor has against the principal debtor, to enforce every security and all means of payment; to stand in the place of the creditor, not only through the medium of contract, but even by means of securities entered into without the knowledge of the surety; havinga right to have those securities transferred to him,though there was no stipulation for that, and to avail himself of all those securities against the debtor. This right of the surety also stands, not on contract, but on a principle of natural justice. [437]

Dieses Prinzip fand Eingang in s. 5 Mercantile Law Amendment Act 1856. Die Bedeutung dieser Normierung liegt darin, daß es zuvor wenigstens nach Common Law nicht eindeutig war, ob von der Subrogation auch Sicherheiten erfaßt wurden, deren Bestehen nicht an den Fortbestand der gesicherten Forderung geknüpft war. [438]

Der Eintritt in die Rechtsstellung des Gläubigers erstreckt sich auch auf solche Sicherheiten, die erst nachträglich für die gesicherte Forderung bestellt wurden. [439]

Auf die aus der Subrogation folgenden Rechte kann der surety vertraglich verzichten. [440]

Die Subrogation gewährt dem surety aber keinen eigenen Rechtsbehelf im Sinne eines Klagerechts, sondern lediglich ein Forderungsrecht gegen den Gläubiger. [441] Dies zeigt sich daran, daß der surety nicht in eigenem Namen gegen den Hauptschuldner klagen kann, sondern als Vertreter des Gläubigers klagen muß. [442]

Dabei bestehen einige Besonderheiten. So kann der surety gegen den Hauptschuldner nur dann vorgehen, wenn er die gesicherte Forderung vollständig erfüllt hat; eine nur teilweise Erfüllung bewirkt keine pro rata Subrogation. [443] Vorzugsrechte, die der Gläubiger gegenüber anderen Gläubigern innehat, stehen auch dem surety zur Verfügung. [444] In Rechte, über die auch im Wege der Abtretung hätte verfügt werden können, findet keine Subrogation statt. [445]

Erlangt der surety aufgrund der Subrogation mehr, als er aufgrund seiner guarantee hat leisten müssen, so muß er den Mehrerlös an den Gläubiger auskehren. Dies folgt aus der Entscheidung L. Lucas Ltd. v. Export Credit Guarantee Departement. [446] Hier hatte die Beklagte eine Exportguarantee zugunsten der Klägerin abgegeben, mit der Kaufpreisansprüche gegen arabische Kunden der Klägerin gesichert werden sollten. Zeitweilige Devisenbeschränkungen im Heimatland des Käufers verhinderten zunächst die vereinbarungsgemäße Bezahlung des Kaufpreises, der in amerikanischen Dollars zu entrichten war, weswegen die Beklagte ihre Verpflichtungen aus der guarantee erfüllte. Als die Hauptschuldnerin dann doch noch bezahlte, war das englische Pfund Sterling gegenüber dem amerikanischen Dollar abgewertet worden, so daß die Klägerin einen nicht unbeträchtlichen Kursgewinn erzielte. Das House of Lords gab unter Aufhebung des Court of Appeal der Klage der Gläubigerin statt, die Feststellung begehrt hatte, daß ihr dieser Kursgewinn in voller Höhe zustehe.

Die sich aus der Subrogation ergebenden Rechte sind nach meiner Auffassung eher dem Rechtsverhältnis surety und Gläubiger zuzurechnen, denn der surety ist nach der Zahlung nicht neuer Gläubiger im Hauptschuldverhältnis, sondern er tritt lediglich in die "Schuhe" [447] des ursprünglichen Gläubigers. Der surety kann zwar alle Rechte des Gläubigers wahrnehmen, äußerlich jedoch bleiben diese Rechte weiterhin dem ursprünglichen Gläubiger zugeordnet, und auch inhaltlich findet der Rechtsübergang seine Grenze in den zwischen Gläubiger und surety kraft guarantee begründeten Rechtsbeziehungen.

4. DAS RECHTSVERHÄLTNIS ZWISCHEN SURETY UND HAUPTSCHULDNER

Bei der Untersuchung der Rechtsbeziehungen zwischen surety und Hauptschuldner bietet es sich an, zunächst die Rechte des surety nach seiner Inanspruchnahme darzustellen, um dann möglicherweise schon vor der Inanspruchnahme bestehende Rechte zu untersuchen.

a) NACH DER INANSPRUCHNAHME

Sobald der surety die ihm aus der guarantee obliegende Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger erfüllt hat, kann er sich wegen der hierfür aufgewendeten Summe an den Hauptschuldner halten. Dabei lassen sich zwei unterschiedliche Anspruchsgrundlagen herausarbeiten. Einmal kann von einem Rückforderungsrecht aufgrund eines Vertrages zwischen Hauptschuldner und surety gesprochen werden, während daneben auch ein kraft Gesetzes entstehender Anspruch bestehen kann. [448]

aa) VERTRAGLICHER RÜCKFORDERUNGSANSPRUCH

Es ist eindeutig, daß sich der Hauptschuldner dem surety ausdrücklich verpflichten kann, ihn im Falle einer Inanspruchnahme durch den Gläubiger schadlos zu halten. [449] Dieser Anspruch kann sich auch aus einem stillschweigenden Vertrag ergeben, wenn der surety seine guarantee wegen eines ausdrücklichen oder sich aus den Umständen ergebenden Verlangen des Hauptschuldners erklärt hat.

> It ist settled beyond possibility of dispute that where "A." at the request of "B." guarantees payment of "B.'s" debt to "C.", the law imposes an untertaking by "B." to indemnify "A." in respect of any sum which he properly pays to "C." under the guarantee.[450]

Die Vereinbarung zwischen Hauptschuldner und surety wird unter Rückgriff auf die Technik der implied terms inhaltlich gestaltet. Anson v. Anson zeigt, daß bei einem stillschweigenden Schadloshaltungsanspruch der vertragliche Charakter im Vordergrund steht, da vorrangig auf den Willen der Parteien abgestellt wird.

> The intention normally is that the principal debtor shall remain the principal debtor; it is his debt and his obligation and he is expected to pay it. If the surety is called on to pay and does pay, that for the time defeats the intention of the parties that

> the debt shall be and remain that of the principal debtor. To restore the position intended between the two of them by their original intention it is necessary that the right of reimbursement should be read into the contract or inferred to be one of the terms of the contract. I think the essence of it is that the principal debt is primarily the obligation of the principal debtor, that the liability of the surety is only a secondary liability, and that it is the intention as between the two of them as well as against the third party that that position should be preserved. That is the explanation on contractual lines of this implied term which confers the right of reimbursement. [451]

Simpson v. Penton [452] zeigt, daß es für den Rückforderungsanspruch ausreichend ist, wenn der Hauptschuldner bei Abgabe der guarantee anwesend ist und hierzu schweigt.

Probleme treten bei dem vertraglichen Rückforderungsanspruch dann auf, wenn der surety seine Verpflichtung erfüllt, obwohl diese oder die gesicherte Hauptforderung mit einem Mangel behaftet ist, der nicht die Qualität von Nichtigkeit erlangt, sondern lediglich unenforceability bewirkt.

So hatte in Alexander v. Vane [453] der surety seine guarantee nur mündlich abgegeben. Der beklagte Hauptschuldner verteidigte sich gegen den Regreßanspruch damit, daß der surety nicht zu der Erfüllung seiner Verbindlichkeit hätte gezwungen werden können. Dies blieb ohne Erfolg, denn da der Beklagte bei der Erklärung der guarantee anwesend war, wurde aus seinem Schweigen hierzu auf seine Zustimmung auch zur Zahlung der nicht durchsetzbaren guarantee geschlossen.

Auch in Re Chetwynd's Estate [454] hatte der surety die Hauptschuld bezahlt, obwohl Hauptschuld und Sicherungsrecht wegen eines Verstoßes gegen s. 6 Moneylenders Act 1927 nicht durchsetzbar waren. Der Beklagte, auf Regreß in Anspruch genommen, verteidigte sich damit, daß sein Verlangen nach der guarantee des Klägers so verstanden werden müsse, daß der surety nur dann hätte zahlen sollen, wenn er hierzu hätte gezwungen werden können. Diese Interpretation wurde vom Court of Appeal jedoch kategorisch abgelehnt, denn aus den Tatsachen ergab sich, daß die Parteien bei Eingehung von Hauptschuld und guarantee nicht an s. 6 Moneylenders Act 1927 gedacht hatten, sondern davon ausgingen, daß der Rückerstattungsanspruch des surety dann entstehen sollte, wenn er eine Zahlung erbrachte, die ihren Grund in der Nichterbringung der Leistungsverpflichtung

des Hauptschuldners hatte. [455]

Diese Entscheidung wurde in Argo Caribbean Group Ltd. v. Lewis [456] ausdrücklich bestätigt und sogar dahin erweitert, daß für die Ausgestaltung des stillschweigenden Schadloshaltungsvertrags, wie sie in Re Chetwynd's Estate vorgenommen wurde, eine gesetzliche Vermutung streite.

> ...If A whether expressly or by implication requests B to guarantee A's debt to C, there arises, in the absence of any special circumstances, an implication of law that A also request B to pay the debt if A does not, and not an implication that such request is to pay only if A himself is legally compellable to pay. [457]

Dies gilt auch dann, wenn die gesicherte Forderung verjährt ist. Hier liegt zwar die irische Entscheidung Coneys v. Morris [458] vor, die für die gegenteilige Auffassung zitiert wird, jedoch ergibt sich aus der Argo v. Lewis-Entscheidung, daß ein Konflikt zwischen Coneys v. Morris und Re Chetwynd's Estate besteht, der zugunsten der in der letztgenannten Entscheidung vertretenen Rechtsansicht entschieden wurde.

> ... we have no doubt that we are bound to follow the decision of this court in re Chetwynd. 460

Hieraus läßt sich, so meine ich, der Schluß ziehen, daß in der Regel, soweit keine besonderen Umstände vorliegen, der Regreß des surety nicht beeinträchtigt ist, wenn die Hauptschuld im Zeitpunkt der Erfüllung der guarantee bereits verjährt war. Dies läßt sich formal unter Berufung auf die Argo v. Lewis-Entscheidung begründen, aber auch der Rechtssatz, daß der surety den Einwand der Verjährung der Hauptschuld bei seiner Inanspruchnahme aus der guarantee nicht als eigenständigen Einwand erheben kann, wäre unverständlich, wenn man dem surety dann einen vertraglichen Rückforderungsanspruch verwehren wollte. [461]

Dies bestätigt auch die oben vertretene These, daß bestimmte Rechtsnormen, die zur unenforceability führen, in erster Linie den Schutz einer Partei bezwecken. Wenn es sich aber um verzichtbare Rechte handelt, so muß auch dem surety das Recht erhalten bleiben, einen solchen Verzicht auszuüben. [462]

Die Höhe des Anspruchs wird begrenzt durch die vom surety aufgewendete Summe und umfaßt auch alle hiermit verbundenen Kosten, insbesondere auch die Kosten, die durch eine den Umständen nach gerechtfertigte Verteidigung des surety gegen die Klage des Gläubigers ausgelöst wurden. [463]

bb) AUSSERVERTRAGLICHER RÜCKFORDERUNGSANSPRUCH

Immer dann, wenn die guarantee ohne Beteiligung des Hauptschuldners nur zwischen Gläubiger und surety geschlossen wurde, kommt ein Regreß aus außervertraglichen Umständen in Betracht. [464]

Dieser Anspruch geht auf die Common Law action for money paid [465] zurück, die dem Rechtsgebiet des Quasi-contract beziehungsweise des Ausgleichs einer ungerechtfertigten Bereicherung zugerechnet wird. [466] Seine Voraussetzungen hat Sir Alexander Cockburn C.J. in Moule v. Garrett, [467] wie folgt, formuliert:

> This contract is created in law upon an implied request existing in fact, where the plaintiff has been compelled by law to pay, or being compellable by law, has paid money which the defendant was ultimately liable to pay, so that the latter obtains the benefit of the payment by the discharge of his liability; under such circumstances the defendant is held indebted to the plaintiff in the amount. [468]

Wenn also der surety zu einer Geldzahlung verpflichtet ist, er diese erbringt und der Hauptschuldner hierdurch von einer Verbindlichkeit frei wird, die eigentlich er hätte erbringen sollen, so kann der surety Ausgleich verlangen.

Die in Moule v. Garrett noch zugrundegelegte vertragliche Konstruktion [469] wurde in Brooks Wharf & Bull Ltd. v. Goodman Brothers [470] nicht aufgegriffen.

> These statements of principle do not put the obligation on any ground of implied contract or of constructive or notional contract. The obligation is imposed by the court simply under the circumstances of the case and on what the court decides is just and reasonable, having regard to the relationship of the parties. It is a debt or obligation constituted by the act of the law, apart from any consent or intention of the parties or any privity of contract. [471]

In dieser Entscheidung hatten die Beklagten Waren von Rußland nach England eingeführt und in dem Lagerhaus des Klägers eingelagert. Die Waren wurden von dort ohne ein Verschulden der Klägerin gestohlen. Die Klägerin mußte nun aufgrund einer gesetzlichen Bestimmung die fälligen Einfuhrzölle bezahlen und verlangte diesen Betrag von den Beklagten zurück. Lord Wright stellte die Haftung der Lagerverwalter auf dieselbe Ebene wie die eines surety [472] und war der Ansicht,

> ... the defendants would be unjustly benefited at the cost of the plaintiffs if the latter, who had received no extra consideration and made no express bargain, should be left out of the pocket by having to discharge what was the defendants' debt.[473]

Während diesen beiden Entscheidungen keine ausdrückliche guarantee zugrunde lag, mußte sich der Court of Appeal in Owen v. Tate [474] mit den oben dargestellten Grundsätzen befassen. Hier hatte der Kläger gegenüber einer Bank eine guarantee erklärt und £ 350,-- hinterlegt. Die Beklagten hatten von dieser Bank ein Darlehen in gleicher Höhe erhalten. Zunächst sicherte eine Miss Lightfoot mit einer mortgage auf ihren Grundbesitz dieses Darlehen ab. Nach einer gewissen Zeit wurde Miss Lightfoot unruhig und wollte die Überschreibungsurkunden, die bei der Bank hinterlegt waren, zurück haben. Der Kläger wollte ihr hierbei behilflich sein, indem er seine guarantee als Ersatzsicherheit bereitstellte. Dies geschah ohne Wissen und Wollen der beklagten Hauptschuldner, die sich, als die Bank mit dem Vorschlag an sie herantrat, die mortgage doch aufzugeben, hiergegen zur Wehr setzten. Dennoch fühlte sich die Bank verpflichtet, die Urkunden herauszugeben, nachdem sie die guarantee und die Einzahlung des Klägers erhalten hatte. Später stellte die Bank das Darlehen zur Rückzahlung fällig und verwendete das vom Kläger hinterlegte Geld zur Befriedigung ihrer Forderung gegen die Hauptschuldner. Mit diesem Vorgehen waren die Beklagten einverstanden. Die Klage auf Rückerstattung wurde dennoch abgewiesen. Das Prinzip, auf dem diese Entscheidung beruhte, formulierte Lord Scarman so:

> If without an antecedent request a person assumes an obligation or makes a payment for the benefit of another, the law will, as a general rule, refuse him a right of indemnity. But if he can show that in the particular circumstances of the case there was some necessity for the obligation to be assumed, then the law will grant him a right of reimbursement if in all the circumstances it is just and reasonable to do so. [475]

Also muß der surety, wenn er seine Verpflichtung freiwillig übernimmt, dem Gericht dartun, daß es vernünftig und gerecht ist, nach seiner Inanspruchnahme Ausgleich zu verlangen. Grundsätzlich hat er keinen Anspruch gegen den Hauptschuldner.

Dieses Prinzip beruht auf der Interaktion zweier Regeln, wonach einmal gilt, daß

> ... if the payment is regarded by the law as voluntary, it cannot be recovered ...

und

> ... one man, who is compelled to pay money which another is bound by law to pay, is entitled to be reimbursed by the latter. [476]

Eine guarantee läßt sich weder unter die eine noch die andere Regel bringen, denn eine guarantee begründet eine gesetzliche Verpflichtung, zu bezahlen, nur stellt sich die Frage, wie zu entscheiden ist, wenn die guarantee freiwillig übernommen wurde. Nach diesem Urteil kommt es im letzteren Fall darauf an, ob der surety Tatsachen vortragen kann, die es als vernünftig und gerecht erscheinen lassen, einen Regreßanspruch anzuerkennen. Welche Tatsachen hierzu geeignet wären, bleibt im dunkeln.

Owen v. Tate wird als Schlüsselentscheidung für das Ausgleichsrecht bewertet [477] und ist in seiner dogmatischen Wirkung noch nicht vollständig erfaßt. So weist Cornish [478] darauf hin, daß der Kläger hier auf seine kraft Subrogation erworbenen Rechte hätte hinweisen können, ein Aspekt, der in Owen v. Tate nicht vorgetragen wurde.[479] Dies ist allerdings nicht verwunderlich, denn der surety hatte in eigenem Namen geklagt. [480]

Andererseits wird argumentiert, daß die Subrogation einen Verstoß gegen das Grundprinzip des Ausgleichsrechts - ein freiwillig Zahlender hat kein Klagerecht - darstelle, wenngleich auch anerkannt wird, daß zwischen einem surety und einem anderen freiwillig Leistenden ein Unterschied bestehe, der aus der Verknüpfung von Hauptschuld und guarantee folge und eine andere Beurteilung zugunsten des surety erlaube. [481]

Der außervertragliche Ausgleichsanspruch ist summenmäßig auf den Betrag begrenzt, der sich tatsächlich zu einem Vorteil des Hauptschuldners ausgewirkt hat.[482]

Daher muß sich der Regreß begehrende surety genau überlegen, auf welche Anspruchsgrundlagen er seine Rückgriffsansprüche stützt und wie er sie in Abhängigkeit von dieser Entscheidung in ein gerichtliches Verfahren einbringt.

b) VOR DER INANSPRUCHNAHME

Der surety muß nicht erst seine Verpflichtungen aus der guarantee erfüllen, bevor er sich an den Hauptschuldner halten kann. Vielmehr kann er, sobald eine bestimmte Summe aus der guarantee fällig geworden ist, vom Hauptschuldner Zahlung dieser Summe verlangen, um so von seiner Haftung gegenüber dem Gläubiger befreit zu werden. [483] Hierbei handelt es sich um einen speziellen Rechtsbehelf in Form der quia-timet action. [484] Diese Klageform dient dazu, den Kläger vor einem zu befürchtenden zukünftigen Schaden zu bewahren. [485] Leading case für dieses Recht ist Ascherson v. Tredegar Dry Dock and Wharf Co. Ltd. [486] Hier verlangten die klagenden Nachlaßverwalter die Feststellung ihres Anspruchs gegenüber der beklagten Hauptschuldnerin auf deren Zahlung der Hauptschuld.

> It has been the law of the court for many years that a surety is entitled to come into equity to compel the principal debtor to pay what is due from him to the intent that the surety may be relieved. [487]

Der Klage wurde stattgegeben, ohne daß es darauf ankam, ob sich der Gläubiger geweigert hatte, gegen den Hauptschuldner vorzugehen. Da die Feststellung der Zahlungsverpflichtung keinen vollstreckbaren Inhalt hat, muß in die Anordnung des Gerichts eine Anweisung mit aufgenommen werden, daß im Falle der Nichtzahlung des Beklagten dem Kläger ein erneutes Antragsrecht zusteht. Nach einem solchen Antrag gewährt das Gericht den erforderlichen weiteren Rechtsschutz.[488]

Diese Rechtsprechung wurde in Thomas v. Notts. Incorporated Football Club [489] bestätigt, und Goff J. stellte ausdrücklich fest, daß es für diesen Rechtsbehelf nicht darauf ankommt, ob der Gläubiger bereits einen durchsetzbaren Anspruch gegen den surety hat.

> As a general principle, in my judgment, once the account is closed and there is an accrued fixed liability, the surety is entitled to this quia-timet relief, whether the case be one in which no demand was

> required to be made, or one in which it was and a demand has been made, or one in which it was and no demand has been made.[490]

Hier liegt das Prinzip zugrunde, daß der surety ein Recht darauf hat,

> ... to remove the cloud which is hanging over him. It would be strange ... if ... he cannot seek to remove the cloud until it had started to rain ...

Dies gründet sich auf der Überlegung, daß die Verpflichtung des Gläubigers, den surety vor der Inanspruchnahme zur Zahlung aufzufordern, eine Schutzvorschrift zugunsten des surety ist, die nicht in ihr Gegenteil verkehrt werden darf.[491]

Obwohl sich aus den oben dargestellten Entscheidungen ergibt, daß die Forderung gegen den surety zwar nicht fällig, aber doch wenigstens inhaltlich bestimmt sein muß, kommt es in besonderen Fällen hierauf nicht an.

In Re Anderson v. Berry [492] hatten sich die klagenden sureties verpflichtet, für die ordnungsgemäße Verwaltung eines Nachlasses durch den Beklagten einzustehen. Obwohl noch nicht endgültig geklärt war, ob das Nachlaßvermögen ausreichte, um die Nachlaßgläubiger zu befriedigen, kündigte der Beklagte entgegen seiner Pflicht zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses an, er wolle das seiner Kontrolle unterliegende Barvermögen unter den Erben verteilen.

> ... if there is a liability, even though the amount of that liability will be ascertained in subsequent proceedings, I think that the surety has a right to ask for protection. There is the liability, quantified so it may be by subsequent proceedings, and at a subsequent date; but once the liability has appeared, then I think the right of the surety has accrued. [493]

Der Klage der sureties auf Untersagung der Verteilung des Nachlasses sowie Ersatz der Kosten für eine Versicherung, die sie zu ihrem Schutz abgeschlossen hatten, wurde daher stattgegeben.

Diese Entscheidung muß jedoch als außergewöhnlich betrachtet werden, und nur dann, wenn besondere Umstände dies rechtfertigen, kann auf die Bestimmtheit der gegen den surety entstandenen Forderung verzichtet werden.[494] Ein besonderer Umstand kann ein Verhalten des Hauptschuldners sein,

durch das der Sicherungsfall mutwillig herbeigeführt werden könnte. Hier reicht dann ausnahmsweise die Bestimmbarkeit der Forderung aus. In allen anderen Fällen muß die Forderung gegen den surety inhaltlich festgelegt sein, ohne daß es auf ein weiteres Fehlverhalten des Hauptschuldners ankommt.

Weiter kann der surety den Hauptschuldner unter sehr engen Voraussetzungen mit einem writ of ne exeat regno am Verlassen des Landes hindern [495] oder mit einer Mareva-injunction die Vermögensgegenstände eines beklagten Hauptschuldners einfrieren, wenn die Gefahr besteht, daß Vermögensgegenstände ins Ausland verbracht oder verschleudert werden.[496]

Abschließend noch der Hinweis auf die bei Chitty vertretene Ansicht, daß die oben dargestellten Rechte nur dann existierten, wenn die guarantee auf ein Verlangen des Hauptschuldners zurückgehe und der Regreßanspruch aus diesem Grund auf einer vertraglichen Grundlage basiere.[497] Dies ist zutreffend, denn sowohl die kraft Subrogation erworbenen Rechte als auch ein Ausgleichsanspruch setzen die vollständige Erfüllung der Verpflichtung des surety voraus, um zur Entstehung zu gelangen und damit rechtsgeschäftliche Bindungen zwischen Hauptschuldner und surety auszulösen.

II. CONTRACT OF INDEMNITY

Der contract of indemnity bezeichnet in seiner weitesten Definition das Versprechen einer Partei, den Versprechensempfänger schadlos zu halten.[498] Eine Interzessionslage entsteht dann, wenn dieses Versprechen in Beziehung auf einen Dritten abgegeben wird. Für den contract of indemnity gelten keine besonderen Entstehungsvoraussetzungen, sondern wie bei jeder anderen vertraglichen Bindung müssen die bereits oben erwähnten Elemente vorhanden sein. Im Gegensatz zur guarantee bedarf die indemnity keiner besonderen Form.

1. RECHTSNATUR

Während die guarantee collateral, accessory oder additional zu einem anderen Rechtsverhältnis ist und nur eine Sekundärverbindlichkeit begründet, bezeichnet die indemnity eine Verpflichtung, die sich als original

oder primary erweist.[499] Begrifflich wird die guarantee von der indemnity mit umfaßt, jedoch fehlt der indemnity die Verknüpfung mit einem anderen Rechtsverhältnis.

> In its widest sense a contract of indemnity includes a contract of guarantee ... An indemnity is a contract by one party to keep the other harmless against loss, but a contract of guarantee is a contract to answer for the debt, default or miscarriage of another who is to be primarily liable to the promisee. [500]

Für die Entscheidung, ob im Einzelfall eine guarantee oder eine indemnity vorliegt, ist mit dieser Begriffsbestimmung noch nichts gewonnen, denn der einer Interzession immanente Drittbezug bewirkt zunächst immer das Einstehenwollen für einen Lebenssachverhalt, der mindestens auch einem Dritten zurechenbar ist. Im folgenden soll daher untersucht werden, welche Faktoren dazu führen können, ein Versprechen als original und damit als contract of indemnity zu qualifizieren. Dabei werden zunächst die Fälle untersucht, die im Zusammenhang mit der Frage der Formbedürftigkeit der Interzession entschieden wurden. Weitere Anhaltspunkte ergeben sich aus den Fallgruppen, wo trotz Drittbezug eine hieraus resultierende Verknüpfung von Interzession und Grundverhältnis abgelehnt wurde.

a) FORMORIENTIERTE ABGRENZUNG

Die beiden Leitentscheidungen zu der Frage, ob ein Versprechen als primary undertaking aus dem Anwendungsbereich von s. 4 Statute of Frauds 1677 herausfällt, nämlich Birkmeyr v. Darnell [501] und Lakeman v. Mountstephen,[502] wurden bereits oben dargestellt.[503] Dabei hat sich gezeigt, daß der erste Anknüpfungspunkt die inhaltliche Untersuchung des Versprechens ist, wobei es darauf ankommt, ob der Versprechensempfänger bei einer objektiven Betrachtung des Erklärungswertes aus seiner Sicht davon ausgehen durfte, der Versprechende wolle unabhängig von der Haftung eines Dritten einstehen.

Die abstrakte Formulierung dieser Unterscheidung wird auch durch ein dictum von Davey L.J. in Guild & Co. v. Conrad deutlich:

> In my opinion there is a plain distinction between a promise to pay the creditor if the principal makes default in payment, and a promise to keep a person who has entered, or is about to enter, into a contract of liability indemnified against that liability independently of the question whether a third person makes default or not.[504]

Diese Abgrenzung ist zwar in der Theorie klar, jedoch ergeben sich im Einzelfall erhebliche Schwierigkeiten, die genügend Raum lassen für haarspalterische Unterscheidungen

> ... of exactly that kind which brings the law into hatred, ridicule and contempt of the public. [505]

Ein konkreter Anhaltspunkt im Zusammenhang mit der Frage der Formbedürftigkeit findet sich jedoch in der Guild & Co.-Entscheidung, wo ein Versprechen als formlos durchsetzbares promise of indemnity qualifiziert wurde und nicht die inhaltliche Ausgestaltung des Versprechens letztlich entscheidend war, sondern außerhalb des Versprechens liegende Umstände.

Hier hatte sich der Beklagte verpflichtet, die Mittel für die Begleichung von Wechseln der Hauptschuldnerin, einer Gesellschaft, in der der Sohn des Beklagten Partner war, bereitzustellen, wenn die Kläger diese Wechsel akzeptieren sollten. Tragender Gesichtspunkt der Entscheidung war die Analyse des erstinstanzlich befaßten Richters, die ausdrückliche Billigung durch den Court of Appeal fand.

> At the end of his judgment he says that the defendant's promise "was not a contract to pay if the foreign firm did not pay, because there was no expectation at that time that the foreign firm would be able to pay."[506]

Dieses Argument wurde in der Harburg India Rubber-Entscheidung aufgegriffen und ausdrücklich als Unterscheidungsmerkmal zu Guild & Co. v. Conrad qualifiziert. [507]

Daraus läßt sich schließen, daß dann, wenn der Inhalt eines Versprechens nicht eindeutig festgestellt werden kann, die Bonität der zu sichernden Forderung den Ausschlag für die Beurteilung eines Versprechens geben kann. Wenn nämlich feststeht, daß im Zeitpunkt der Abgabe des Versprechens die Hauptforderung wirtschaftlich wertlos war, weil eine Erfüllung nicht erwartet werden konnte, so ist dies ein Indiz für ein primary undertaking und damit einen formlos durchsetzbaren contract of indemnity.

b) VERKNÜPFUNGSORIENTIERTE ABGRENZUNG

Die Abgrenzungsfrage wird auch dort relevant, wo die Hauptschuld mit Mängeln behaftet ist, die bei der guarantee in bestimmten Fällen kraft

Verknüpfung auch diese umfassen. Nun soll untersucht werden, welche Gesichtspunkte dann zu der Bejahung einer hiergegen immunen indemnity führen.

In der schon oben [508] ausführlich besprochenen Entscheidung Wauthier v. Wilson [509] wurde darauf abgehoben, daß dem Versprechenden bei der Abgabe seiner Verpflichtungserklärung bewußt war, daß die zu sichernde Hauptforderung wegen der Minderjährigkeit des Hauptschuldners nichtig war, was zu einer primären Haftung des Versprechenden führte.

Der Gesichtspunkt der Kenntnis des Rechtsmangels führte jedoch in Coutts & Co. v.Browne-Lecky [510] nicht zur Annahme eines contract of indemnity, obwohl auch hier den Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bekannt war, daß der Hauptschuldner minderjährig war. Anders als in Wauthier v. Wilson, wo ein gemeinsames Schuldversprechen, bei dem der Beklagte die Rechtsstellung eines surety hatte, den Anspruchsgrund enthielt, ergab sich das Versprechen in der Coutts & Co.-Entscheidung aus einem Dokument, das die Verpflichtung als guarantee bezeichnete. Daraus läßt sich ableiten, daß dem Wortlaut der Verpflichtungsurkunde mehr Bedeutung zukommt als der Kenntnis bestimmter Umstände. Dieses Ergebnis wird auch bestätigt durch die Ausführungen in dem Arbeitspapier zur Neuregelung der Verträge von Minderjährigen. Dort wurde es als wenig überzeugend empfunden, daß für die Haftung des Versprechenden letztlich nur die richtige Wortwahl entscheidend sei. [511] Aber auch die genaue Analyse des Wortlauts in Yeoman Credit Ltd. v. Latter [512] weist auf die wesentliche Bedeutung der Wortwahl.

In Heald v. O'Connor wurde von Fisher J. wieder ein allgemeines Prinzip formuliert, um beide Vertragstypen voneinander abzugrenzen. Er orientierte sich dabei an Umständen, die sich aus dem Hauptschuldverhältnis ergeben.

> Did the guarantor undertake to pay only those sums which the principal debtor could lawfully be called upon to pay but had not duly paid, or did he promise to pay those sums which the principal debtor had promised to pay but had not paid whether the principal debtor could lawfully be called upon to pay them or not.[514]

Auch diese Formel ist mit dem Vorwurf behaftet, im Einzelfall jede Entscheidung zuzulassen, vor allem, weil aus den Entscheidungsgründen nicht

deutlich wird, was Fisher J. dazu bewogen hat, den zugrunde liegenden Sachverhalt unter die erstgenannte Variante zu subsumieren.

Allerdings kann die Entscheidung, ob ein Einstehenwollen für nicht erzwingbare Forderungen gegen den Hauptschuldner vom Versprechenden überhaupt gewollt sein konnte, sinnvollerweise nur davon abhängen, ob der Versprechende von einem potentiellen oder aktuellen Rechtsmangel Kenntnis hatte. Wenn aber dieses Wissen im Zeitpunkt der Abgabe des Interzessionsversprechens verhanden ist, bildet dieser Umstand wenigstens einen Aspekt für die Entscheidung zugunsten einer indemnity.[515]

Zu weit geht die bei Cheshire/Fifoot vertretene Auffassung, die Coutts & Co.-Entscheidung sei fehlerhaft, weil die vertraglichen Beziehungen wegen der Kenntnis der Minderjährigkeit als indemnity hätten qualifiziert werden müssen.[516] Dies folgt aus Heald v. O'Connor, wo Fisher J. die Coutts & Co.-Entscheidung ausdrücklich bestätigte.[517] Aber auch die Reformüberlegungen zum Minderjährigenrecht wären im Hinblick auf guarantees weitgehend überflüssig, wenn die Kenntnis allein den entscheidenden Faktor für die Beurteilung eines Interzessionsversprechens bilden würde.

2. DAS RECHTSVERHÄLTNIS ZWISCHEN INDEMNIFIER UND GLÄUBIGER

An Gerichtsentscheidungen, die das Rechtsverhältnis zwischen indemnifier und Gläubiger umfassend strukturieren, fehlt es. So ist keine Entscheidung bekannt, die dem indemnitee Aufklärungspflichten auferlegt. Jedoch ist eindeutig, daß die Grundsätze zu der Figur des undue influence als allgemeines Equity-Prinzip auch auf den contract of indemnity Anwendung finden.

Ich halte es auch für vertretbar, sonstige Aufklärungspflichten, die die Rechtsprechung im Zusammenhang mit guarantees entwickelt hat, auch auf die indemnity zu übertragen. Dies folgt zum einen aus der Nähe der guarantee zum Versicherungsvertrag und der sich hieraus ergebenden Diskussion, ob die guarantee dem Gläubiger besondere Aufklärungspflichten (uberimae fidei) auferlege.[518] Da aber die indemnity einem Versicherungsvertrag näher kommt als die guarantee, muß, was für die guarantee gilt, erst recht auch für die indemnity gelten.[519] Zum anderen folgen die Auf-

klärungspflichten aus den Grundsätzen über die misrepresentation,[520] die ihrem Wesen nach selbstverständlich unabhängig von einem bestimmten Vertragstyp Anwendung finden können, wobei der Vertragstypus oder die am Vertrag beteiligten Parteien für die nähere inhaltliche Ausgestaltung des Pflichtenverhältnisses von Bedeutung sein können. Dann muß aber für die indemnity mindestens der Maßstab gelten, der bei einer guarantee angelegt wird.

Ein weiterer Aspekt verdient nähere Betrachtung. So scheint es, daß in Ausnahmefällen Störungen des Hauptschuldverhältnisses eine direkte Auswirkung auch auf die vom Grundverhältnis losgelöste indemnity haben. Hierfür sind drei Entscheidungen von Bedeutung, die im Zusammenhang mit recourse agreements ergangen sind. Bei derartigen Vereinbarungen handelt es sich in der Regel um contracts of indemnity,[521] die ein Händler zugunsten eines Finanzierungsinstituts im Rahmen eines Hire-Purchase-Vertrags abschließt. Hierdurch sichert sich das Finanzierungsinstitut gegen Verluste ab, die ihm aus den durch Vermittlung des Händlers zustandegekommenen Hire-Purchase-Verträgen entstehen.

In Unity Finance Ltd. v. Woodcock [522] hatte das Finanzierungsinstitut das auf Hire-Purchase-Basis überlassene Fahrzeug unter Verstoß gegen den Hire Purchase Act 1938 wieder in Besitz genommen und verlangte nunmehr von dem Händler die noch nicht bezahlten Raten aufgrund ihres recourse agreement mit diesem. Die Klage wurde mit der Begründung abgewiesen, es habe sich nicht um eine indemnity, sondern um eine guarantee gehandelt.

In Goulston Discount Co. Ltd. v. Clark wurde diese Entscheidung jedoch mißbilligt und mit anderer Begründung für zutreffend gehalten.

> ... but on reading the case [Unity Finance Ltd. v. Woodcock] again, I think that the decision should be based on illegality. The finance company there had acted quite illegally. They had repossessed the car in breach of the statute when more than one-third had been paid. On doing so the hire-purchase agreement came to an end altogether. There was no hire-purchase price and no sums payable under the agreement. Yet by the action they were seeking to be paid the full amount which by statute they had forfeited. They were seeking indemnity from the consequences of their own illegal act.[524]

Diese Entscheidung zeigt, daß dann, wenn der die Haftung aus der indemnity begründende Sachverhalt durch eine gesetzeswidrige Handlung des

indemnitee ausgelöst wird, der Anspruch aus der indemnity hinfällig wird. Allerdings meine ich, daß dies eher aus einer der indemnity immanenten Schranke folgt und weniger auf dem Einfluß des Hauptschuldverhältnisses beruht, wenn dieses auch Grundlage für die gesetzeswidrige Handlung war.

Eine ähnliche Situation liegt der Entscheidung Bentworth Finance Ltd. v. Lubert [525] zugrunde. Hier war im Rahmen eines Hire-Purchase-Vertrags versäumt worden, der Beklagten die Wagenpapiere auszuhändigen, ohne die eine Zulassung des Kraftfahrzeugs nicht erfolgen konnte und die deswegen keine der fälligen Raten bezahlte. Der Zweitbeklagte hatte gegenüber dem klagenden Finanzierungsinstitut erklärt, er wolle die Kläger für alle aus dem Hire-Purchase Vertrag entstehenden Verluste schadlos halten. Die Klage wurde in vollem Umfang abgewiesen. Zur Frage der Haftung des hirer erklärte Lord Denning:

> The provision of the log book was a condition on which the very existence of the contract depended. It was, in technical language, a suspensive condition. Until the log-book was provided, there was no hire-purchase at all.[526]

Mit knapper Begründung wurde auch die Haftung des Zweitbeklagten abgelehnt.

> Counsel for the plaintiff submitted that the loss or damage arose from the plaintiffs' entering into the agreement or for its being unenforceable. I do not think that their claim is good. The loss or damage ... arose from the plaintiffs allowing the dealers to hand over the car without log-book. [527]

Hieran zeigt sich, daß eine indemnity dann nicht greift, wenn der haftungsbegründende Erfolg durch ein auch dem Gläubiger der indemnity zurechenbares Verhalten herbeigeführt wird, das dazu führt, daß der Zweck der vertraglichen Beziehungen im Grundverhältnis total verfehlt wird. Diese Rechtsfolgen ergeben sich auch aus den Grundsätzen über die consideration. In dieser Vereinbarung stellte sich die consideration, wie folgt, dar:

> I agree to indemnify you upon your having entered into such agreement. [528]

Oder anders formuliert:

> In consideration of your having entered into such agreement I agree to indemnify you.

Wenn aber die Übergabe der Wagenpapiere aufschiebende Bedingung für die Wirksamkeit des Hire-Purchase Vertrags war, so ist, nachdem der Eintritt dieser Bedingung endgültig nicht mehr herbeigeführt werden konnte, die consideration für die indemnity, nämlich der Abschluß eines wirksamen Hire-Purchase Vertrags, vollständig fehlgeschlagen, mit der Folge, daß die Parteien von ihren gegenseitigen Leistungsverpflichtungen frei geworden sind. [529] Auf diesen an sich naheliegenden Aspekt wurde jedoch nicht eingegangen.

Wichtig ist jedoch die Erkenntnis, daß trotz der prinzipiellen Unabhängigkeit der indemnity von einem anderen Rechtsverhältnis die zur Wirksamkeit der indemnity erforderliche consideration eine immanente Verknüpfung mit dem Rechtsverhältnis, das durch die indemnity gefördert werden soll, bewirken kann.

Ungeklärt ist, ob die besonderen Gründe, die bei einer guarantee zu einer Befreiung des surety führen können, auch auf einen interzedierenden indemnifier übertragbar sind. Goode bejaht dies für den Bereich des Konsumentenkredits, [530] jedoch darf nicht übersehen werden, daß s. 189 (1) Consumer Credit Act 1974 eine einheitliche Betrachtungsweise vorsieht.

> "surety" means a person by whom security is provided ...
>
> "security" in relation to an actual or prospective consumer credit agreement ... means ... indemnity, guarantee ...

Für den Bereich außerhalb des Konsumentenkredits soll aber nach wie vor mit surety nur der aus einer guarantee Verpflichtete gemeint sein. [531] Daher muß davon ausgegangen werden, daß der Konsumentenkredit ein Sonderrechtsgebiet ist, das vornehmlich zum Schutz des Verbrauchers geschaffen wurde. Ein Gleichschalten der besonderen Rechtsbehelfe des surety mit denen des indemnifier muß somit verneint werden.

Jedoch ist anerkannt, daß auch der indemnifier nach der Erbringung seiner Leistung in die Rechtsstellung des Gläubigers einrückt. [532] Diese Subrogation ist ein Recht, das allen contracts of indemnity inhärent ist. [533] Allerdings fragt sich, ob dann nicht auch der indemnifier Rechte daraus ableiten kann, wenn der Gläubiger die mit der Subrogation verknüpften Rechte beeinträchtigt. Hierzu ist mir keine Entscheidung bekannt geworden, jedoch beruht die Rechtsprechung zu diesen Fragen auf Billigkeitsgründen,

so daß einer Übertragung dieser Grundsätze auf die indemnity nichts im Wege steht.

3. RECHTSVERHÄLTNIS ZWISCHEN INDEMNIFIER UND HAUPTSCHULDNER

Die Frage der Behandlung des Regresses des indemnifier beim Hauptschuldner war bisher noch nicht Gegenstand einer veröffentlichten Entscheidung. Bei Chitty wird unter Rückgriff auf allgemeine Prinzipien die Auffassung vertreten, daß dann, wenn der contract of indemnity auf ein ausdrückliches oder stillschweigendes Verlangen des Hauptschuldners hin abgeschlossen wurde, der indemnifier ebenso wie der surety einen Anspruch auf Schadloshaltung gegen den Hauptschuldner innehat. Die schon oben entwickelten Grundsätze gelten daher hier entsprechend. Gleiches gilt auch für den Anspruch auf Ausgleich einer ungerechtfertigten Bereicherung entsprechend den in Owen v. Tate aufgestellten Regeln. [535]

4. PERFORMANCE BOND

Die performance bond, auch performance guarantee [536] genannt, spielt heute eine beachtliche Rolle im internationalen Handelsverkehr. [537] Bei dieser Verpflichtungsform handelt es sich jedoch nicht um eine guarantee im eigentlichen Sinn, sondern um ein "plainly primary undertaking". [538] Strukturell muß sie daher dem Bereich des contract of indemnity zugeordnet werden.

Zwei Formen lassen sich unterscheiden, die hinsichtlich der Voraussetzungen der Inanspruchnahme sowie der Person des Sicherungsgebers in der Regel divergieren.

Eine first demand bond liegt vor, wenn die Verpflichtung zur Zahlung auf bloße Anforderung des Begünstigten/Gläubigers beim Sicherungsgeber entsteht, ohne daß es auf die Begründetheit der Forderung ankommt. Diese Art der performance bond wird üblicherweise von Banken bereitgestellt. [539]

Daneben ist die sogenannte conditional guarantee gebräuchlich, die von Versicherungsgesellschaften oder besonderen surety companies abgegeben

wird. Die Leistungspflicht hieraus entsteht in der Regel erst dann, wenn der Nachweis eines Vertragsbruchs durch den Hauptschuldner erbracht ist und neben weiteren Voraussetzungen die Berechtigung der Forderung auch der guarantee nachgewiesen ist.[540] Damit handelt es sich hierbei aber nicht um eine indemnity, sondern um eine typische guarantee, denn die Verpflichtungen aus einer conditional guarantee stehen in direkter Abhängigkeit vom Hauptschuldverhältnis, selbst wenn die Forderungen hieraus der Höhe nach noch nicht feststehen.

Für die Unterscheidung, ob bei diesen besonderen international gebräuchlichen Sicherungsrechten im Einzelfall eine vertragliche Verpflichtung als indemnity zu qualifizieren ist, kommt es darauf an, welche Voraussetzungen die Parteien für die Inanspruchnahme geschaffen haben. Immer dann, wenn die Zahlungsverpflichtung wegen eines Umstands eintreten soll, der von der Rechtssphäre des Hauptschuldverhältnisses losgelöst ist oder durch eine Handlung herbeigeführt werden kann, die allein in der Rechtsmacht des Begünstigten/Gläubigers steht, liegt eher ein primary undertaking und damit eine indemnity vor.

Sobald jedoch Voraussetzungen geschaffen werden, deren Inhalte sich auf das Hauptschuldverhältnis beziehen und mehr als die bloße Behauptung eines Vertragsbruches durch den Hauptschuldner gefordert wird, um einen Anspruch des Begünstigten/Gläubigers gegen den Sicherungsgeber auszulösen, liegt strukturell meistens eine guarantee vor.

III. NOVATION

Die novation beschreibt einen Sachverhalt, bei dem unter Zustimmung aller Parteien ein Vertrag durch einen inhaltsgleichen Vertrag ersetzt wird und üblicherweise eine neue Partei die Position einer der ursprünglichen Parteien einnehmen soll.[541]

In Scarf v. Jardine hat Lord Selborne L.C. die novation auf folgende knappe Formel reduziert:

> Novation ... means this (the term being derived from the civil law), that, there being a contract in existence, some new contract is substituted for it, between the same parties or between different parties, the consideration mutually being the discharge of the old contract.[542]

Wenn auch in dieser Definition nicht klar zum Ausdruck kommt, daß zu einer novation die Zustimmung aller hieran beteiligten Parteien erforderlich ist, so wird dennoch ein solcher Konsens für essentiell gehalten.[543] Der Wille der Parteien muß darauf gerichtet sein, das Schuldverhältnis zu novieren.[544]

Daneben bedarf auch die novation, sofern sie nicht in einem gesiegelten Leistungsversprechen enthalten ist, der consideration. Dieses Erfordernis wird in der Regel dadurch erfüllt, daß der Neuschuldner (Inderzedent) seine Verpflichtung zum Gläubiger im Hinblick auf die Entlassung des Altschuldners aus dem ursprünglichen Vertrag übernimmt [545] und der Altschuldner als Gegenleistung für seine Befreiung dem Gläubiger einen neuen Schuldner beibringt. [546]

Für die novation bestehen keine besonderen Formvorschriften, und s. 4 Statute of Frauds 1677 findet keine Anwendung.

> By the discharge of Chase Junior with the plaintiff's consent, the debt as between the two persons was satiesfied. Then if so, the promise by the defendant here is not a collateral, but an original promise, for which the consideration is the discharge of the debt as between the plaintiff and Chase Junior. That being so, it becomes wholly unnecessary to consider the question arising out of the construction of the fourth section of the Statute of Frauds.[547]

Damit bewirkt die novation das Erlöschen eines Schuldverhältnisses und die Schaffung eines neuen Schuldverhältnisses und nicht lediglich die Übertragung eines bestehenden Schuldverhältnisses auf den interzedierenden Neuschuldner. [548]

IV. SOLIDARY OBLIGATIONS

Das Stichwort solidary obligation beschreibt als Oberbegriff ein Pflichtenverhältnis, bei dem zwei oder mehr Gläubiger aus demselben Rechtsverhältnis berechtigt sind oder aber zwei oder mehr Schuldner hieraus verpflichtet sind.[549] Nur der letztgenannte Fall kommt als Interzessionsform in Betracht. Solidary obligations tauchen in drei unterschiedlichen Varianten auf:

1. Eine joint obligation entsteht, wenn zwei oder mehr Personen gemeinsam ein inhaltsgleiches Leistungsversprechen abgeben. Hierdurch entsteht

nur eine inhaltsgleiche Verbindlichkeit, deren Erfüllung der Gläubiger nur einmal verlangen kann, so daß die Leistung eines der Mitschuldner die übrigen befreit.[550]

2. Eine several obligation entsteht, wenn zwei oder mehr Personen gemeinsam voneinander losgelöste, aber inhaltsgleiche Leistungsversprechen abgeben. Im Unterschied zur joint obligation kann hier der Gläubiger von jedem der Schuldner die Erfüllung seines Leistungsversprechens verlangen. Die Leistung eines Mitschuldners befreit die übrigen Schuldner nicht. Einzelverträge bestehen deshalb nicht, weil die Grundsätze der doctrine of privity of contract keine Anwendung finden.[551]

3. Eine joint and several obligation schließlich beschreibt den Fall, daß zwei oder mehr Personen zwar gemeinsam inhaltsgleiche Leistungsversprechen abgeben, die aber nur eine inhaltsgleiche Verbindlichkeit nach sich ziehen und gleichzeitig jede Person für sich für das Leistungsversprechen insgesamt haften will. Diese Variante bewirkt, daß der Gläubiger die versprochene Leistung wie bei einer joint obligation nur einmal verlangen kann und die Leistung eines Mitschuldners die übrigen Schuldner befreit. Der Gläubiger muß aber die besonderen Rechtsnormen, die bei einer joint obligation gelten, nicht beachten.[550] So müssen beispielsweise bei einer joint obligation die Mitschuldner, von Ausnahmen abgesehen, gemeinsam verklagt werden, während bei einer joint and several obligation auch die Klage gegen jeden einzelnen Mitschuldner zulässig ist.[552]

Im folgenden soll untersucht werden, wie sich die Rechtsbeziehungen zum Gläubiger gestalten, wenn ein interzedierender Mitschuldner seine Verpflichtung vom Entstehen des Schuldverhältnisses an übernommen hat, und welche Überlegungen gelten, wenn er eine solche Stellung erst nachträglich einnehmen will.

1. ANFÄNGLICHE SOLIDARY OBLIGATION

Verpflichten sich der Interzedent und der Hauptschuldner gleichzeitig gegenüber dem Gläubiger, so gelten für ihre Beziehungen untereinander und zum Gläubiger keine Besonderheiten.[553] Sobald sich jedoch aus dem Innenverhältnis zwischen Interzedent und Hauptschuldner ergibt, daß in erster

Linie der Hauptschuldner haften und der Interzedent nur surety sein soll, so haben wir oben bereits gesehen, daß dem Interzedenten dann gegenüber dem Gläubiger die Rechtsbehelfe eines surety zustehen, sobald der Gläubiger hiervon Kenntnis erlangt. [554] Diese Rechtsänderung im Innenverhältnis kann auch erst nachträglich herbeigeführt werden. Naturgemäß kann dies nur bei einer joint oder joint and several obligation gelten.

2. NACHTRÄGLICHE SOLIDARY OBLIGATION

Auf welche Weise ein Dritter Pflichten aus einem bereits bestehenden Schuldverhältnis übernehmen kann und unter welchen Voraussetzungen der Gläubiger aus dieser Übernahme ein Forderungsrecht gegenüber dem Dritten ableiten kann, ist eine im Zusammenhang mit Personalinterzessionen kaum entschiedene Frage des englischen Rechts.

Lediglich in Ex parte Lane (1846) [555] wird ein Sachverhalt behandelt, dem diese Problematik zugrunde liegt. Die Entscheidungsgründe vermitteln die wesentlichen Merkmale, die auch bei einer Interzession in dieser Form vorhanden sein müssen.

Hier hatte die Antragstellerin eine Forderung gegen den Geschäftsbetrieb ihres Onkels, für den dieser persönlich haftete. Der Onkel machte seinen Sohn später zu seinem Partner. Nachdem der Betrieb zahlungsunfähig war, stellte sich die Frage, ob die Antragstellerin ihre Forderung gegen die gemeinsame Vermögensmasse beider Partner geltend machen konnte, da sich die Partnerschaft zwischen Vater und Sohn nur auf unbestimmte Unterhaltungen gegründet hatte.

> If A is creditor of B, and B and C propose to enter, or have entered into partnership together, and address themselves to A, the creditor of B, and say "we wish that this debt, due hitherto from B alone, shall be a debt from B and C together" and A accedes to that, although no writing passes, that agreement is valid and effectual, and is not impeached or affected by the Statute of Frauds. The effect of it is for a valuable consideration to substitute it for the second ... I am of opinion that that understanding was communicated to Miss Lane by the uncle and cousin, or one of them, with the assent of both, and that Miss Lane distinctly acceded to that. I am of opinion that it was in effect agreed between the three, that the separate debt of the father should become a joint debt of the father and the son. [555]

Diese Ausführungen legen folgende Grundsätze nahe: Zu der Umwandlung einer Forderung gegen eine Person in eine Forderung gegen zwei oder mehr Personen bedarf es der Zustimmung aller beteiligten Parteien. Ein solches Übereinkommen muß keiner besonderen Form genügen. Eine consideration ist jedoch grundsätzlich erforderlich, und der Preis für das Erlöschen der alten Forderung besteht in der Begründung der neuen Forderung gegen Alt- und Neuschuldner. Diese Lage stimmt in ihren Wesensmerkmalen mit der bereits oben dargestellten novation überein, sieht man von dem Erfordernis des animus novandi und der zwar untypischen, aber zulässigen Weiterhaftung des Altschuldners ab.

Eine nachträgliche joint obligation kann daher nur unter Beachtung der für die novation geltenden Grundsätze begründet werden. Gleiches gilt entsprechend für die joint and several obligation, da dieser Verpflichtungsform eine inhaltsgleiche Verbindlichkeit zugrunde liegt. Jede andere Betrachtungsweise zöge erhebliche Schwierigkeiten nach sich, die aus dem Grundsatz consideration must not be past folgen,[556] denn allein die Bezugnahme auf die consideration des existierenden Schuldverhältnisses ist nicht ausreichend.

Welche Auswirkungen ein solches Rechtsgeschäft auf bereits bestehende, verknüpfte Sicherungsrechte hat, ergibt sich aus dem in Holme v. Brunskill niedergelegten Prinzip.[557] Danach bliebe eine solche Vereinbarung folgenlos, da sich eine derartige Veränderung der Hauptschuld ohne weitere Prüfung als vorteilhaft oder doch wenigstens als unwesentlich für den surety erweist; denn die durch das Vermögen des Altschuldners gebildete Haftungsgrundlage bleibt in vollem Umfang erhalten, und das Vermögen des Neuschuldners tritt lediglich hinzu, so daß die Erfüllung der Hauptschuld durch nunmehr zwei Hauptschuldner wahrscheinlicher und das Risiko der Realisierung der Forderung verringert wird.

Auf eine nachträgliche several obligation lassen sich diese Grundsätze nicht übertragen. Aus allgemeinen Erwägungen bin ich der Ansicht, daß hier die für die novation geltenden Regeln nicht beachtet werden müssen, da in diesem Fall zwar inhaltsgleiche Leistungsversprechen bestehen, die aber rechtlich selbständige Verbindlichkeiten begründen.

Auch hier muß aber der Grundsatz consideration must not be past beachtet werden. Wenn jedoch eine neue consideration vereinbart wurde, die bei Nichtbeteiligung des Hauptschuldners nicht in dem Erlöschen

der Altforderung gegen Neubegründung einer identischen Forderung gesehen werden kann, so sehe ich keine grundsätzlichen Bedenken gegen die Wirksamkeit eines solchen Versprechens auch ohne eine Beteiligung des Hauptschuldners, denn dessen Rechte werden in ihrem Wesen von einer solchen Vereinbarung nicht berührt.

C. DIE KOLLISIONSRECHTLICHE BEHANDLUNG DER INTERZESSIONSFORMEN

Sobald ein Lebenssachverhalt, der einer rechtlichen Beurteilung unterzogen werden soll, ein ausländisches Element enthält, stellt sich die Frage nach dem hierauf anwendbaren Recht. Die Regeln, die eine Entscheidung über einen solchen Rechtsanwendungskonflikt treffen, werden in England unter dem Stichwort "Conflict of Laws" oder "Private International Law" abgehandelt.[1]

Ein ausländisches Element findet sich immer dann, wenn die Rechtsbeziehungen der Parteien eine Berührung mit einer anderen Rechtsordnung aufweisen. Im Zusammenhang mit den Interzessionsformen kann sich dieser Kontakt aus den verschiedenartigsten Gründen ergeben. So können Gläubiger, Hauptschuldner und Interzedent ihren Aufenthalt in verschiedenen Staaten haben, oder das Hauptschuldverhältnis wurde im Land A begründet, und eine hierfür zur Sicherung bereitgestellte guarantee ist im Land B, dem Geschäftssitz des surety, zu erfüllen.

Bevor ich die kollisionsrechtliche Behandlung der Interzessionsformen im einzelnen untersuche, möchte ich einen allgemeinen Überblick über das internationale Privatrecht von Vertragsbeziehungen geben. Beginnen will ich aber mit einer Besonderheit des englischen Prozeßrechts, die in ihrer praktischen Bedeutung für Sachverhalte mit Auslandsberührung kaum überschätzt werden kann, nämlich der Qualifikation ausländischen Rechts als einer beweisbedürftigen Tatsache.[2]

1. FREMDES RECHT ALS TATSACHE IM PROZESS

Soll auf einen Sachverhalt mit Auslandsberührung eine fremde Rechtsordnung Anwendung finden, so wird ein englisches Gericht keine Unter-

suchung hinsichtlich des Regelungsinhalts der fremden Rechtsordnung ergreifen. Vielmehr müssen die anzuwendenden ausländischen Rechtssätze von der Partei, die sich hierauf beruft, vorgetragen und im Bestreitensfall auch bewiesen werden.[3] Einen Anwendungsfall dieser Regel zeigt die Entscheidung Lazard Bros. & Co. v. Midland Bank Ltd.[4]

> What the soviet law is in that respect is a question of fact, of which the English court cannot take judicial cognisance, even though the foreign law has already been proved before it in another case. The court must act on the evidence before it in the actual case ... On what evidence of foreign law a court can act has been often discussed. The evidence it is clear must be that of qualified experts in the foreign law. [5]

In s. 4 (1) Civil Evidence Act 1972 werden bestimmte Anforderungen an einen Experten für das ausländische Recht aufgestellt.

In der Regel gibt dieser Experte seine Ausführungen in der Hauptverhandlung mündlich ab, und nur in außergewöhnlichen Fällen kann auf die Mündlichkeit verzichtet werden und ein affidavit zur Entscheidungsgrundlage gemacht werden.[6]

S. 4 (2) Civil Evidence Act 1972 enthält gegenüber der Lazard Bros. - Entscheidung eine Beweiserleichterung. Hierdurch wird es unter bestimmten Voraussetzungen ermöglicht, auf die in vorangegangenen Gerichtsverfahren ergangenen Entscheidungen über den Inhalt eines ausländischen Rechtssatzes als Beweismittel zurückzugreifen.[7]

Es wird jedoch nicht verkannt, daß der Tatsachencharakter fremden Rechts seine Besonderheiten aufweist.[8]

> In my view, the question of foreign law, although a question of fact, is a question of fact of a peculiar kind.[9]

Schon Wolff hat zu Recht darauf hingewiesen, daß die Regeln, die ein Gericht zur Lösung eines Interessenkonflikts zur Anwendung bringt, immer "Recht" sind und auch fremdes Recht seine Qualität als Recht behält.[10] Daher geht es letztlich nur um die Frage, auf welche Weise ausländisches Recht zum Gegenstand eines Gerichtsverfahrens gemacht werden kann. Das englische Recht löst dieses Problem, indem es die für die Erbringung von Sachverhaltstatsachen geltenden Grundsätze auch

auf die Frage nach den Regelungsinhalten einer fremden Rechtsordnung zur Anwendung bringt.

Der Sonderstellung ausländischen Rechts wird dadurch Rechnung getragen, daß gemäß s. 69 (5) Supreme Courts Act 1981 [11] das Beweisergebnis nicht von einer Jury, sondern von dem Richter allein festgestellt wird.[12] Aber auch der Umstand, daß das House of Lords als Revisionsinstanz in Russian Commercial and Industrial Bank v. Le Comptoir D'Esompte de Mulhouse [13] den Regelungsinhalt russischen Rechts in anderer Weise als der Court of Appeal beurteilte, bestätigt wenigstens mittelbar die Sonderstellung, die ausländisches Recht trotz der Qualifikation als Tatsache einnimmt. [14]

Besonders deutlich wird dies jedoch, wenn man die Folgen untersucht, die eintreten, sobald der Regelungsgehalt des ausländischen Rechts nicht bewiesen werden kann. In diesem Fall greift nämlich die Vermutung, daß das ausländische Recht dem englischen Recht inhaltlich entspricht.

> One has to deal with such questions remembering the presumption that unless there is proof to the contrary foreign law will be presumed to be the same as English.[15]

Nach allgemeinen Regeln führt die Nichtbeweisbarkeit einer Tatsache zur Verweigerung des auf sie gestützten Rechtsbehelfs.[16] Die englischen Gerichte gehen diesen Schritt jedoch nicht, sondern wenden im Ergebnis mit Hilfe der presumption of similarity ihr eigenes Recht an. Zu Recht wird darauf hingewiesen, daß es hierfür nicht des Rückgriffs auf eine Vermutung bedarf, sondern die lex fori immer dann Anwendung findet, wenn der Regelungsinhalt nicht zur Überzeugung des Gerichts feststellbar ist.[17]

Diese Lösung hat insbesondere das Argument der Rechtssicherheit für sich.[18] Einwände hiergegen, die sich aus der Idee der comitas oder einem falsch verstandenen Territorialitätsgedanken entsprechend dem Grundsatz qui elegit iudicem elegit ius ergeben, können ausgeräumt werden, wenn deutlich gemacht wird, daß diese Lösung ein Notbehelf ist und nicht, wie Rabel einmal formulierte,

> ... an ubiquitous force happily released from its odious chains.[19]

II. PROPER LAW OF CONTRACT

Weisen vertragliche Beziehungen [20] ein ausländisches Element auf, so ergeben sich aus der doctrine of proper law of contract die Grundsätze, die zur Anwendung einer bestimmten Rechtsordnung führen. [21]

In R. v. International Trustee for the Protection of Bondholders Akt. [22] faßte Lord Atkin die Rechtslage zum proper law of contract zusammen.

> The legal principles which are to guide an English Court on the question of the proper law of a contract are now well settled. It is the law which the parties intent to apply. Their intention will be ascertained by the intention expressed in the contract, if any, which will be conclusive. If no intention be expressed in the contract, the intention will be presumed by the court from the terms of the contract and the relevant surrounding circumstances. [23]

Zunächst entscheidendes Kriterium ist daher eine von den Parteien ausdrücklich getroffene Rechtswahl. Die Aussage von Lord Atkin, eine ausdrückliche Rechtswahl sei conclusive, ist jedoch einschränkend so zu verstehen, daß hiermit prima facie conclusive gemeint gewesen sein muß. Diese Einschränkung ist zutreffend, wenn man sich die Bedeutung dieser aus dem Beweisrecht kommenden Begriffe betrachtet.

Prima facie evidence reicht in der Regel aus, das Vorbringen einer Partei zu begründen, solange es nicht durch den Vortrag der anderen Partei relativiert wird. Conclusive evidence hat jedoch die Qualität, daß kein Gegenbeweis die hieran geknüpften Folgerungen ausräumen kann. [25] Da aber eine Rechtswahl, wie sich im folgenden zeigen wird, möglicherweise an bestimmte Voraussetzungen geknüpft ist, geht der Begriff conclusive zu weit, denn dann blieben Umstände, aus denen sich eine unzulässige Rechtswahl ergeben könnte, von vornherein unbeachtlich.

Die grundsätzliche Anerkennung der privatautonomen Gestaltungsfreiheit geht auf ein dictum von Lord Mansfield C.J. in Robinson v. Bland zurück, wo er als allgemeinen Anknüpfungspunkt die lex loci contractus postuliert, dann aber fortfährt:

> But this rule admits of an exception, where the parties (at the time of the making of the contract) had a view to a different kingdom. [26]

Die Grenzen der Rechtswahl durch die Parteien sind aber nicht eindeutig festzulegen. Anhaltspunkte hierfür finden sich in Vita Foods Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd.[27]

> ... where there is an express statement by the parties of their intention to select the law of contract, it is difficult to see what qualifications are possible, provided the intention expressed is bona fide and legal, and provided there is no reason for avoiding the choice on the ground of public policy ... Connection with English law ist not, as a matter of principle, essential.[28]

Hieraus wird zunächst deutlich, daß kein englisches Gericht einer Rechtswahl zur Wirksamkeit verhelfen wird, die einen Verstoß gegen öffentliche Interessen des Forums bewirkt. [29]

Zweifelhaft ist jedoch, welchen Inhalt das Merkmal bona fide and legal hat. Cheshire/North vertreten die Ansicht, daß es die Parteien eines Vertrages nicht in der Hand haben, ihren Rechtsbeziehungen durch die Wahl einer Rechtsordnung zur Wirksamkeit zu verhelfen, obwohl die naheliegendste Verbindung zu einer anderen Rechtsordnung besteht, die aber die Wirkungslosigkeit des Rechtsverhältnisses der Parteien implizieren würde.[30] Diese Deutung scheint jedoch fraglich, denn nach der Entscheidung von Lord Wright spielt eine Beziehung zum englischen Recht überhaupt keine Rolle für die Frage der Wirksamkeit einer auf englisches Recht gerichteten Rechtswahl. Allerdings stellte Lord Wright dann doch noch eine Beziehung des Rechtsverhältnisses der Parteien zu England her, indem er unter anderem erklärte:

> ... the underwriters are likely to be English.[31]

Mit ihrer Interpretation weisen Cheshire/North jedoch auf eine Frage hin, deren Beantwortung Probleme aufwirft. Ältere Gerichtsentscheidungen können nämlich als Beleg dafür zitiert werden, daß auch bei einer ausdrücklichen Rechtswahl der Parteien eine Beziehung zu der gewählten Rechtsordnung bestehen muß, und in der Literatur bestehen unterschiedliche Auffassungen.[32]

In Boissevain v. Weil [33] erklärte Denning L.J.:

> According to private international law ... the question whether a contract to repay is valid ... depends on the proper law of the contract, and that depends not so much on the place where it is made or on the intention of the parties as on the place with which it has the most substantive connection.[34]

Noch deutlicher wird Lord Denning in The Fehmarn:[35]

> I do not regard the choice of law in the contract as decisive. I prefer to see with what country the dispute is most closely concerned. [36]

Andererseits vertrat Lord Denning M.R. in Tzortzis v. Monark Line A/B [37] die Ansicht, daß eine ausdrückliche Rechtswahl das alles entscheidende Kriterium sei:

> It is clear that, if there is an express clause providing what the proper law is to be, that is conclusive in the absence of some public policy to the contrary. [39]

Diese Meinung wird von Salmon L.J. unterstrichen, den Parteien stehe es frei, sich auf eine neutrale Rechtsordnung zu verständigen.[39]

Aus einer erst vor kurzem ergangenen Entscheidung des House of Lords läßt sich eine Tendenz in der Richtung erkennen, daß es bei einer ausdrücklichen Rechtswahl nicht auf eine Verbindung zu der gewählten Rechtsordnung ankommt.

> If it is apparent from the terms of the contract itself that the parties intended it to be interpreted by reference to a particular system of law, their intention will prevail and the latter question as to the system of law, with which, in the view of the court, the transaction to which the contract relates, would, but for such intention of the parties, have had the closest and most real connection, does not arise. [40]

Diese deutliche Aussage von Lord Diplock trägt meines Erachtens die These, daß der Aspekt der Verbindung der gewählten Rechtsordnung zu den zwischen den Parteien bestehenden Beziehungen im Falle einer ausdrücklichen Vereinbarung keine Bedeutung mehr hat.

Erhärtet wird dies durch die als self-denying effect bezeichnete Wirkung von s. 27(1) Unfair Contract Terms Act 1977. Danach finden wesentliche Bestimmungen dieses Gesetzes keine Anwendung, wenn englisches Recht aufgrund einer Rechtswahl das proper law des Vertrages ist und ohne diese Rechtswahl eine andere Rechtsordnung anwendbar wäre. Zweck dieser Bestimmung ist es, den Rang der City of London als Zentrum der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit nicht zu gefährden, denn es wurde befürchtet, der mit dem Unfair Contract Terms Act 1977 beabsichtigte Schutz des Geschäftsverkehrs könnte Geschäftsleute davon abhalten, ein Schiedsverfahren in England durchzuführen. [41] Wenn aber sogar auf legislativer

Ebene das Interesse der Parteien, sich auf eine neutrale Rechtsordnung zu verständigen, anerkannt wird, indem interne gesellschaftspolitische Rechtsentwicklungen nicht in den Bereich des internationalen Handelsverkehrs hineingetragen werden sollen, so kann eine Verbindung des Rechtsverhältnisses mit der gewählten Rechtsordnung nicht gefordert werden, denn eine fehlende Verbindung ist Voraussetzung für Neutralität, und Neutralität ist eine der leitenden Vorstellungen bei der Vereinbarung einer Schiedsklausel.

Weiter spricht hierfür auch, daß es den Parteien in jedem Fall letztlich selbst überlassen bleibt, englisches Recht durch schlichten Nichtvortrag ausländischen Rechts auf ein Rechtsverhältnis in Anwendung kommen zu lassen, ohne daß die Frage nach der Verbindung überhaupt eine Rolle spielt. [42]

Daher kann das Erfordernis, daß eine Rechtswahl bona fide and legal sein muß, nicht unter dem Aspekt der Verbindung inhaltlich erläutert werden.

Hiermit kann jedoch gemeint sein, daß eine Rechtswahl nicht zum Zwecke der Gesetzesumgehung vorgenommen werden darf, und innerhalb dieser Prüfung kann dann eine fehlende Verbindung ein Indiz für eine Umgehungsabsicht sein. [43] Hiergegen wendet Wolff ein, daß allein die Absicht, bestimmte Rechtsnormen durch die Wahl einer anderen Rechtsordnung zu umgehen, nicht genügt, um eine Rechtswahl mala fide erscheinen zu lassen. Er vertritt die Ansicht, daß nur

> some morally impeachable or some anomalous and unreasonable choice of law [44]

diesen Voraussetzungen genügt. Sein Einwand ist überzeugend; denn die Anerkennung der Privatautonomie impliziert die Freiheit der Parteien, ihre Regelungsbedürfnisse durch die Wahl derjenigen Rechtsordnung zu verwirklichen, die ihren individuellen Interessen am besten gerecht wird.

Dies zeigt, daß, abgesehen von ordre public-Erwägungen, die exakten Grenzen, innerhalb derer eine Rechtswahl zulässig ist, nicht endgültig festgelegt sind. Es fehlt an Entscheidungen, die entweder eine ausdrückliche Rechtswahl unbeachtet gelassen haben oder aber die von Lord Wright entwickelten Kriterien diskutierten. [45]

Fehlt es an einer ausdrücklichen Rechtswahl, so kann sich aus einer Gesamtbetrachtung der das Vertragsverhältnis betreffenden Umstände eine

stillschweigende Vereinbarung über das anzuwendende Recht ergeben.

> Like any other agreement it may be inferred from reading their contract as a whole in light of relevant circumstances known to both parties when they made their contract. The question ist not what the parties thought or intended but what they agreed. [46]

In diesem Zusammenhang kommen Gerichtsstandsklauseln und Schiedsgerichtsvereinbarungen besondere Bedeutung zu, [47] wenn auch der Abschluß solcher Regelungen keine stillschweigende Rechtswahl hinsichtlich des Rechts des prorogierten Forums ist.

> ... it is contended that in default of an express indication of some other system of law as the proper law of the contract, the choice of the parties of London as the arbitration forum necessarily carries with it an implied choice of English law. I cannot accept these contentions ... there is no inflexible or conclusive rule to the effect that an agreement to refer disputes to arbitration in a particular country carries with it the additional agreement or necessarily indicates a clear intention that the law governing the matters in dispute is to be the law of that country.[48]

Weitere, auf eine stillschweigende Rechtswahl deutende Elemente sind die Verwendung bestimmter rechtstechnischer Begriffe in einem schriftlich niedergelegten Vertrag, die einer konkreten Rechtsordnung zuzuordnen sind, der Gebrauch von besonderen Formularen, die Währung, in der Zahlung zu erfolgen hat, Natur und Schwerpunkt eines Vertrages, der Wohn- oder Geschäftssitz der Parteien oder der Umstand, daß eine der Parteien eine Regierung ist. [49]

Läßt sich auch keine stillschweigende Vereinbarung feststellen, so wird das anwendbare Recht durch das Gesetz bestimmt.

> Parties are entitled to agree what is the proper law of their contract and if they do not make any such agreement then the law will determine what is the proper law. [50]

Hierbei läßt sich das Gericht von einer Anknüpfung auf objektiver Grundlage leiten, [51] indem es untersucht, mit welchem Land oder Rechtssystem der Vertrag die engste und tatsächlichste Verbindung aufweist.

> I think that the better view now is to apply a more objective test. Two slightly different tests have been formulated: ... "the system of law by reference to which the contract was made or that with which the transaction has its closest and most real connection" ... and "with what country has the transaction the closest and most real connection." It has become common merely to refer to the system of law but I think that the two tests must be combined for

> all are agreed that the place of performance is a relevant and may be a decisive factor, and it is only in a loose sense that the place of performance can be equated to the system of law prevailing there.[52]

Der Anknüpfung der Verbindung mit einem bestimmten Rechtssystem sollte aber der Vorrang eingeräumt werden.[53]

Die Tatsachen, die zur Feststellung einer Verbindung führen, sind alle Umstände im Zusammenhang mit dem Vertrag.[54] Dies sind zunächst die für die Feststellung des stillschweigenden Parteiwillens gewonnenen Anknüpfungstatsachen; denn die tatsächlichen Ausgangslagen beider Anknüpfungen gehen ineinander auf.[55] In Ergänzung der bereits oben erwähnten Faktoren sind für die Anknüpfung auf objektiver Grundlage noch der Ort des Vertragsschlusses und der Erfüllungsort zu erwähnen.[56] Entscheidend ist dabei, daß keinem der Faktoren eine besondere Bedeutung zukommt.

> Presumptions, once fashionable during the earlier development of English private international law, are now, whether for good or ill, out of fashion and rejected. That, indeed, is a necessary result of the adoption of the "closest and most real connection" test. No single factor is to be treated as, prima facie, providing the answer.[57]

Daher können feste Regeln für die Entscheidung über die anwendbare Rechtsordnung bisher nicht aufgestellt werden.[58]

Klarheit wird die Umsetzung des Übereinkommens der Europäischen Gemeinschaft über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht (EG-Übereinkommen)[59] bringen. Art. 4 Abs. 2 EG-Übereinkommen greift die Technik der Vermutung zur Bestimmung der engsten Verbindung wieder auf und stellt dabei auf den Wohn- oder Geschäftssitz der Partei ab, die die vertragstypische Leistung erbringt. Für die Interzessionen bedeutet dies, daß in aller Regel am Wohn- oder Geschäftssitz des Interzedenten anzuknüpfen ist. Da nur er eine Leistung erbringen soll, ist diese Leistung notwendigerweise die vertragstypische Leistung, obwohl sie üblicherweise nur zur Zahlung von Geld verpflichtet.[60] Hierbei handelt es sich um eine widerlegbare Vermutung,[61] und Art. 4 Abs. 5 EG-Übereinkommen gibt dem Richter einen Beurteilungsspielraum, wenn eine vertragstypische Leistung nicht feststellbar ist. Dieser Fall dürfte aber bei Interzessionen kaum auftreten.

Steht das proper law eines Vertrages einmal fest, so ergeben sich hieraus alle zwischen den Parteien bestehenden Rechte und Pflichten sowie die Gesetzmäßigkeit und die Wirkungen, aber auch die Voraussetzungen der Beendigung einer vertraglichen Beziehung. [62] Fragen des Zustandekommens des Vertrages werden unter Zuhilfenahme des putative proper law bewältigt. [63]

Auch bei einer objektiven Anknüpfung des Schuldstatuts und trotz eines dahin gehenden dictum von Lord Wright [64] begründet das proper law of contract keine Gesamtverweisung und die daraus folgenden renvoi-Überlegungen.

> The principle of renvoi finds no place in the field of contract.[65]

Cheshire/Morris erklären diesen Grundsatz unter Verweisung auf die Funktion des proper law of contract, die darin bestehe, Auskunft über die Gestaltung der Rechtsbeziehung der Parteien zu geben, eine Antwort, die das Kollisionsrecht nicht bereithalte, denn hiermit werde nur eine Entscheidung über das anwendbare Recht getroffen. [66] Diese Ansicht ist fraglos zutreffend, wenn das proper law of contract seine Grundlage in dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Parteiwillen hat. Fehlt es hieran aber, und werden die Anknüpfungsmerkmale aus rein objektiven Tatsachen gewonnen, die unabhängig von der Vorstellung der Parteien eine kollisionsrechtliche Entscheidung herbeiführen, so wird ihrer Argumentation zunächst einiges von ihrer Überzeugungskraft genommen.

Jedoch zeigt sich, daß auch die von Willenselementen freie Anknüpfung am Recht der engsten und tatsächlichsten Verbindung nicht völlig frei von an Parteiinteressen orientierten Überlegungen ist. Interessant ist dabei, daß diese Überlegungen nicht an den Willen der an dem konkreten Lebenssachverhalt beteiligten Parteien anknüpfen, sondern als Beurteilungsmaßstab der Willen vernünftiger Geschäftsleute zugrunde gelegt wird.

> One must look at all the circumstances, and one must seek to find what just and reasonable persons ought to have intended if they had thought about the matter at the time they made the contract. If they had thought that they were likely to have a dispute, I hope it may be said that just and reasonable persons would like the dispute determined in the most convenient way and in a way in accordance with business efficacy.[67]

Vor diesem Hintergrund läßt sich die grundsätzliche Ablehnung einer Gesamtverweisung im Bereich des Schuldstatuts rechtfertigen, denn vernünftige Ge-

schäftsleute werden eine einmal getroffene Entscheidung über das anwendbare Recht nicht relativieren, indem sie eine erneute kollisionsrechtliche Prüfung zulassen, die sie der Lösung ihres eigentlichen Interessenkonflikts nicht näherbringt. Der eigentliche Interessenkonflikt ist dabei die Tatsachenlage, die eine Partei veranlaßt, von der anderen Partei etwas zu fordern oder zu unterlassen. Demgegenüber ist der kollisionsrechtliche Interessenkonflikt nachrangig, der darin besteht, daß von zwei oder mehr möglicherweise anwendbaren Rechtsordnungen die jeweils andere für eine Partei günstige Regelung enthält. Die Nachrangigkeit folgt nach meiner Überzeugung schon daraus, daß die Parteien entweder die kollisionsrechtliche Problematik ihrer Rechtsbeziehungen überhaupt nicht gesehen oder aber sehenden Auges auf eine Regelung dieser Frage verzichtet haben. In beiden Fällen besteht dann aber auch aus ihrer Sicht kein vernünftiges und damit auch kein schutzwürdiges Interesse an einer eine Rück- oder Weiterverweisung auslösenden Gesamtverweisung, weil sie diese Art der Problembewältigung der Lösung ihrer eigentlichen Probleme keinen Schritt näherbringt. [68]

III. DIE INTERZESSIONSFORMEN

1. CONTRACT OF GUARANTEE

Wie für jeden anderen Vertrag gelten auch für die guarantee die Grundsätze des proper law contract. [69] Daher wird eine ausdrückliche Rechtswahl der auf eine guarantee anwendbaren Rechtsordnung von den Gerichten anerkannt. [70] Gleiches gilt fraglos auch für eine stillschweigende Rechtswahl.

Unklar ist, ob sich aus dem Umstand der Verknüpfung der guarantee mit dem Hauptschuldverhältnis sowie der besonderen Art der Verpflichtung des surety spezielle Anknüpfungsmerkmale ergeben, die für eine kollisionsrechtliche Entscheidung auf objektiver Ebene von Bedeutung sind. Aber auch das Verhältnis von Hauptschuld und guarantee, der Regreß des surety sowie die aus der prozessualen Natur von s. 4 Statute of Frauds 1677 folgenden Erwägungen bedürfen einer näheren Untersuchung.

a) CLOSEST AND MOST REAL CONNECTION

Neben den bereits oben dargestellten Kriterien, die für eine nicht an einer Parteivereinbarung orientierten Entscheidung über das anwendbare Recht relevant sind, stellt sich die Frage, ob das Hauptschuldverhältnis und die hierfür geltende Rechtsordnung für die Anknüpfung der guarantee bestimmend sein können. Aus verschiedenen obiter dicta können Rückschlüsse gezogen werden, die eine solche Tendenz andeuten.

Ein erster Ansatzpunkt findet sich in der Entscheidung Rouquette v. Overman.[71] Hier verlangte der Kläger vom Aussteller eines in England ausgestellten Wechsels Zahlung. Der Wechsel war in Frankreich zahlbar. Dort waren nach Beginn des Krieges mit Deutschland, aber vor Fälligkeit dieses Wechsels, verschiedene Gesetze ergangen, die die Fälligkeit von Wechseln allgemein hinausschoben. Als der Wechsel dann schließlich zur Bezahlung präsentiert werden konnte, wurde seine Erfüllung verweigert. Der Kläger nahm daraufhin die Beklagten als Aussteller in Anspruch. Diese verteidigten sich damit, sie seien nach dem am Ausstellungsort geltenden englischen Recht frei geworden, da die Inhaber bei der Durchsetzung ihrer wechselrechtlichen Forderung nicht die erforderliche Sorgfalt aufbrachten, denn der Wechsel wurde nicht zu der vereinbarten Zeit präsentiert.

Eindeutig war zunächst, daß für die Frage der Haftung des Akzeptanten französisches Recht als das Recht am Zahlungsort Anwendung fand.

> ... the acceptor cannot be made liable under any law but his own.[72]

Unter Berufung auf die Natur der Rechtsbeziehungen zwischen Aussteller und Inhaber eines Wechsels war aber auch auf deren Rechtsverhältnis französisches Recht anwendbar.

> All that he [der Aussteller] does is to warrant that the bill shall be accepted by the drawee, and having been accepted, shall, on being presented at the time it becomes due, be paid. In other words he engages as surety for the due performance by the acceptor of the obligation which the latter takes on himself by the acceptance. His liability, therefore, is to be measured by that of the acceptor, whose surety he is, and as the obligations of the acceptor are to be determined by the lex loci of performance, so also must be those of the surety. [73]

Diesen Ausführungen von Cockburn C.J. ist zu entnehmen, daß die Primär-

verbindlichkeit des Akzeptanten und die bloß sekundäre Haftung des Ausstellers als surety derselben Rechtsordnung unterstellt werden sollen. Rowlatt interpretiert diese Entscheidung so, daß hiernach das Recht des Hauptschuldverhältnisses entscheidend sei für die Frage, ob der Hauptschuldner seine Verpflichtungen erbracht habe oder ob und wann eine die Haftung des surety begründende Vertragsverletzung begangen wurde. [74] Diese Interpretation unterschätzt die Bedeutung von Rouquette v. Overman, denn daß der Inhalt und die Existenz der Haftung nur vom Recht der Hauptforderung bestimmt werden können, ist selbstverständlich [75] und wird dem mit einer einheitlichen Bestimmung des anwendbaren Rechts verfolgten Ziel, Verwirrung zu vermeiden, [76] nicht gerecht.

Auch spielt bei einer performance guarantee, die strukturell der indemnity zuzurechnen ist, das auf das zu sichernde Hauptschuldverhältnis anwendbare Recht eine Rolle, wenn die performance guarantee keine Rechtswahlklausel enthält. Wenn dies aber bei einer nicht verknüpften Interzession für möglich gehalten wird, so müssen diese Aussagen umso mehr auf die mit dem Hauptschuldverhältnis verknüpfte guarantee übertragbar sein. Daher sollen die Entscheidungen, aus denen sich dieser Gesichtspunkt ergibt, bereits an dieser Stelle besprochen werden.

In Edward Owen Engineering Ltd. v. Barclays Bank International Ltd. [77] verpflichtete sich die Klägerin, ihrem libyschen Vertragspartner eine Gewächshausanlage zu liefern. Der Vertrag wurde durch ausdrückliche Rechtswahl libyschem Recht unterstellt. Vor Abschluß dieses Vertrages hatte sich die Klägerin verpflichtet, in Höhe von 10 % der Vertragssumme eine performance guarantee bereitzustellen. Dies geschah unter Einschaltung der Beklagten, die eine auf erste Anforderung zahlbar gestellte performance guarantee gegenüber einer libyschen Bank abgab, die dann ihrerseits eine inhaltsgleiche Verpflichtung gegenüber den libyschen Käufern einging. Als die Käufer ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht nachkamen, beendete die Klägerin das Hauptschuldverhältnis. Die Käufer nahmen dennoch die zu ihren Gunsten bereitgestellte performance guarantee in Anspruch, und als die libysche Bank nach Auszahlung der vertraglich vereinbarten Summe auf die Beklagte zurückgreifen wollte, versuchte die Klägerin, auf gerichtlichem Weg ein Auszahlungsverbot zu erwirken. Ihre Klage wurde abgewiesen, und Brown L.J. erklärte, ohne daß hierfür Anlaß bestand, zur Frage des auf die performance guarantee anwendbaren Rechts:

> The contract between the plaintiffs and the buyers provides, as Lord Denning M.R. has said, under cl. X: "The contract is construed in accordance with Libyian Law ..." The performance bond is presumeably also governed by Libyian Law.[78]

Hierdurch wird deutlich, daß das Recht des Hauptschuldverhältnisses auch auf die performance guarantee Anwendung finden kann.

Ähnliche Erwägungen finden sich in Offshore International S.A. v. Banco Central S.A.[79] Hier stellte sich die Frage, welches Recht auf einen letter of credit[80] Anwendung finden sollte. Ein Rückgriff auf die dort angestellten Überlegungen ist möglich, denn die performance guarantee und der letter of credit weisen viele Gemeinsamkeiten auf.[81] Dem letter of credit lag ein Vertrag über die Errichtung einer Erdölbohranlage zugrunde. Die klagenden amerikanischen Besteller hatten $ 3.000.000,-- als Anzahlung an die zweitbeklagte spanische Herstellerfirma bezahlt. Für den Fall einer vorzeitigen Beendigung des Vertrages sollte die Rückzahlung dieser Summe durch einen letter of credit sichergestellt werden. Dieser wurde von der erstbeklagten spanischen Bank unter Einschaltung einer amerikanischen Korrespondenzbank ausgefertigt.

> The letter of credit contained no express provision as to the system of law which was to be applied to it. In such circumstances it is common ground that the letter of credit is governed by the system of law with which it has its closest and most real connection ... I am in no way concerned with the building contract between the plaintiffs and the second defendants, since the letter of credit expressly provides that any reference in the letter of credit to this contract "is for identification purposes only and is not incorporated in or made part of this credit."[82]

Hieraus läßt sich im Wege eines Umkehrschlusses ableiten, daß dann, wenn das Sicherungsgeschäft nicht ausdrücklich von dem Grundverhältnis losgelöst wurde, die für das Grundverhältnis geltende Rechtsordnung auch für das Sicherungsgeschäft von Bedeutung ist.

Daher bildet bei einer Anknüpfung auf objektiver Ebene die auf das Hauptschuldverhältnis anwendbare Rechtsordnung einen zusätzlichen Anknüpfungspunkt. Diese Anknüpfung hat den Vorteil, daß insbesondere bei den im internationalen Handel vorkommenden mehrstufigen guarantee-Verhältnissen eine einheitliche Betrachtungsweise gewährleistet ist.

Mit dem Inkrafttreten des EG-Übereinkommens werden diese Überlegungen weitgehend bedeutungslos, da dann gemäß Art. 4 Abs. 2 EG-Übereinkommen

grundsätzlich der Wohn- oder Geschäftssitz des surety Anknüpfungspunkt ist. Eine einheitliche Betrachtungsweise ist dann aber bei mehrstufigen guarantees nicht mehr zu verwirklichen. So unterläge in der Edward Owen-Entscheidung die performance guarantee der libyschen Bank libyschem Recht und die der englischen Bank englischem Recht. Dies kann im Ergebnis die unerfreuliche Folge haben, daß unterschiedliche Maßstäbe bei der Beurteilung der Voraussetzungen einer Inanspruchnahme oder den Möglichkeiten, eine mißbräuchliche Inanspruchnahme zu verhindern, gelten könnten, obwohl der Zweck beider guarantees einheitlich ist und darin besteht, das Hauptschuldverhältnis zu fördern.

Auch die in der Offshore International-Entscheidung gefundene Anknüpfung am Sitz der an den Begünstigten auszahlenden Bank wäre obsolet. Hier hatte Ackner J. erklärt:

> Thus on the side of New York Law are all matters of performance, whereas in relation to Spanish Law, Spain and the Spanish Bank was the source of the obligation. In my judgment it is with New York Law that the transaction has its closest and most real connection.[83]

In Power Curber International Ltd. v. National Bank of Kuwait S.A.K. [84] bestätigte der Court of Appeal diese Entscheidung ausdrücklich, und Lord Denning M.R. erläuterte die Offshore International-Entscheidung, wie folgt:

> A debt under a letter of credit is different from ordinary debts. They may be situate where the debtor is resident. But a debt under a letter of credit is situate in the place where it is in fact payable against documents. [85]

Auf eine auf erste Anforderung zahlbar gestellte performance guarantee übertragen, bedeutet dies, daß der Sitz des guarantor ausschlaggebend ist, der an den Gläubiger auf dessen Anforderung hin ausbezahlt, denn dort ist die performance guarantee "tatsächlich" zahlbar, da an denjenigen ausbezahlt wird, dem die Leistung letztendlich zustehen soll.

Dies bedeutet, daß entgegen der in England geäußerten Ansicht [86] mit dem Inkrafttreten des EG-Übereinkommens jedenfalls für den Bereich der guarantee eine Rechtsänderung eintritt. Eine bisher flexible Anknüpfungsmethode wird nämlich durch die starre Anknüpfung am Wohn- oder Geschäftssitz des surety ersetzt. Ob dann noch der Anspruch der englischen Gerichte, dem internationalen Handel nach bestem Wissen und Können zu Diensten zu sein, [87] verwirklicht werden kann, wage ich zu bezweifeln. [88]

b) DAS HAUPTSCHULDVERHÄLTNIS ALS VORFRAGE ZUR GUARANTEE

Steht fest, daß auf eine guarantee eine ausländische Rechtsordnung Anwendung findet, so kann sich die Frage stellen, nach welchen kollisionsrechtlichen Regeln eine Entscheidung über die auf die Hauptforderung anwendbare Rechtsordnung getroffen werden soll.

Dieses als incidental question (Vorfrage) [89] bezeichnete Problem hat Wolff[90] anhand des folgenden Falles beschrieben. C und D sind Franzosen, die sich in England aufhalten. C hat gegen D eine Forderung aus einem Vertrag, der in England geschlossen wurde und dort zu erfüllen ist. S, ein italienischer Freund von D, erklärt eine guarantee für diese Forderung. Auf die guarantee soll italienisches Recht Anwendung finden. Als S sich später in England aufhält und die Hauptforderung bei Fälligkeit nicht erbracht wurde, klagt C gegen S in England. S verteidigt sich damit, daß seine Haftung von der Wirksamkeit der Hauptforderung abhänge, für die englisches Recht gelte und die danach wegen fehlender consideration unwirksam sei. C wendet hiergegen ein, die kollisionsrechtliche Entscheidung müsse nach italienischem Recht getroffen werden und danach finde auf das Hauptschuldverhältnis französisches Recht als gemeinsames Heimatrecht von C und D Anwendung. Hiernach komme es aber auf das Erfordernis einer consideration nicht an.

Wolff schlägt vor, italienisches Kollisionsrecht als das Recht der Hauptfrage, also die lex causae, sei entscheidend, und will damit der Klage stattgeben.[91] Auch Morris deutet an, es gebe in England eine Tendenz, der zufolge eine Vorfrage vom Kollisionsrecht der auf die Hauptfrage anwendbaren Rechtsordnung entschieden werde und nicht das Kollisionsrecht des Forums zur Anwendung gelange . Allerdings relativiert er diese Ansicht weitgehend , indem er eine mechanische Problembewältigung ablehnt.[92]

Aus zwei Gründen bin ich anderer Auffassung.

Oben wurde ausgeführt, daß im Rahmen des Vertragsstatuts grundsätzlich nur die Sachnormen der anwendbaren Rechtsordnung zu beachten sind. Daher kann sich D nicht auf die italienischen Kollisionsnormen berufen und erwarten, daß sich das englische Gericht an die Stelle eines italienischen Gerichts setzt, denn nach der Rechtswahl hinsichtlich der guarantee stand die Bewältigung von eigentlichen Problemen im Vordergrund , weitere Rechtsanwendungskonflikte sollten aber nicht entstehen.

/ 124

Ganz deutlich wird dies, wenn man unterstellt, C habe D und S gemeinsam in England verklagt. Die kollisionsrechtliche Entscheidung über die Hauptforderung trifft dann im Hinblick auf das Prozeßrechtsverhältnis zu D eindeutig das englische Konfliktsrecht, das zur Anwendung englischen Sachrechts führt, und danach haftet D nicht. Nach der Auffassung von Wolff würde S aber dennoch haften. Ich halte dies für ein unvertretbares Ergebnis, denn in einem Prozeß können nicht auf denselben Lebenssachverhalt, nämlich die Beziehungen im Hauptschuldverhältnis, zwei verschiedene Rechtsordnungen Anwendung finden.

Daher meine ich, daß bei der guarantee im Hinblick auf das Hauptschuldverhältnis eine einheitliche kollisionsrechtliche Entscheidung getroffen werden muß. Fraglos können hierdurch auf die guarantee und die Hauptforderung unterschiedliche Rechtsordnungen zur Anwendung gelangen. Da aber die Ermittlung der lex causae die Anwendung der lex fori impliziert, kann nur das Kollisionsrecht des Forums Grundlage für eine einheitliche Betrachtungsweise sein. [93]

c) DER REGRESS DES SURETY

Der ausdrückliche oder stillschweigende Schadloshaltungsvertrag zwischen surety und Hauptschuldner unterliegt seinem eigenen Statut. Diese Regel ist so eindeutig, daß sie nirgendwo ausgesprochen wird. Sie läßt sich aus dem Grundsatz ableiten, daß Schuldverträge dem proper law of contract unterliegen. Es ist auch kein vernünftiger Grund ersichtlich, das Statut des vertraglichen Regreßanspruches an das Recht der guarantee oder des Hauptschuldverhältnisses anzulehnen.

Unklar ist, was für den außervertraglichen Regreßanspruch wegen Ausgleichs einer ungerechtfertigten Vermögensverschiebung gilt, was nicht verwundert, wenn man die bereits oben angedeuteten dogmatischen Probleme in diesem Bereich betrachtet. Kennzeichen dieses Anspruchs ist, daß er immer nur dann zum Tragen kommt, wenn zwischen Hauptschuldner und surety keinerlei Beziehungen bestehen. Daher kann Diceys rule 170 (2)(a) [94] keine Anwendung finden, wonach das Recht dieser Beziehungen auch das Recht des Bereicherungsausgleichs ist. Der angesprochene Fall wird aber in rule 170 (2) (c) geregelt. Hiernach soll das Recht des Landes Anwendung finden, in dem die Bereicherung eintritt. [95] Dies führt in der Regel zur Anwendung

des Rechts am Sitz des Hauptschuldners, denn er erlangt die endgültige Bereicherung (ultimate enrichment) in Form der Befreiung von seiner dem Gläubiger gegenüber bestehenden Verbindlichkeit, während der Gläubiger nur den immediate benefit, also einen unmittelbaren Vorteil, erlangt.

Dicey/Morris erkennen an, daß es Situationen geben kann, bei denen eine engere Verbindung mit dem Land besteht, in dem sich die Entreicherung vollzog. Als Beispiel erwähnen sie den Fall von money paid for the defendant's use.[96] Rowlatt hat zwar die Leistung des surety als eine Leistung zugunsten des Hauptschuldners beschrieben, jedoch leitet er den daraus folgenden Rückabwicklungsanspruch aus einem stillschweigenden Versprechen ab,[97] das in der untersuchten Situation aber gerade fehlt. Daher bleibt unklar, wann an dem Ort der Entreicherung und damit an dem Wohn- oder Geschäftssitz des surety angeknüpft werden kann.

Gerichtsentscheidungen zu dieser Frage fehlen, und in Anbetracht der Ungeklärtheit der materiell-rechtlichen Fragen in diesem Bereich ist eine zuverlässige Prognose für ihre kollisionsrechtliche Behandlung schwierig. Ich meine jedoch, daß sich als weiterer Anknüpfungspunkt das auf die guarantee anwendbare Recht anbietet, denn sie ist gemeinsame Ursache für Entreicherung und Bereicherung. Für diese Lösung spricht vor allem, daß sich keine durchgreifenden Bedenken gegen sie aufdrängen. Die Anknüpfung am Ort der Be- oder Entreicherung versagt nämlich dann, wenn beispielsweise Zahlungen von Auslandskonten des surety auf Auslandskonten des Gläubigers erfolgen.

Die Differenzierung in einen unmittelbaren Vorteil beziehungweise eine endgültige Bereicherung ist wenig geglückt.

Auch die Frage, welchem Recht die Subrogation des surety in die Rechtsstellung des Gläubigers unterliegt, ist völlig ungeklärt. Selbst die im internationalen Privatrecht führenden Textbücher von Dicey/Morris und Cheshire/North behandeln unter dem Stichwort " involuntary assignment" lediglich die aus grenzüberschreitenden Pfändungs- und Überweisungsbeschlüssen resultierenden Probleme.[98] Lediglich Wolff beschäftigt sich kurz mit dem assignment by operation of law und meint, die beste Lösung sei die Anknüpfung am proper law des Rechtsgeschäfts, dem die subrogierte Forderung entspringt,[99] also das Recht des Hauptschuldverhältnisses.

/ 126

Demgegenüber enthält das EG-Übereinkommen in Art. 13 (1) die Regelung, daß das Recht, das auf die Beziehungen zwischen surety und Gläubiger Anwendung findet, entscheidet, ob und in welchem Umfang der surety nach Erbringung seiner Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger beim Hauptschuldner Regreß nehmen kann. Das Recht des Hauptschuldverhältnisses soll dabei nicht völlig unberücksichtigt bleiben, denn nach dem Bericht von Giuliano/Lagarde findet auf die Subrogation das Recht der guarantee gemäß der für das Hauptschuldverhältnis geltenden Rechtsordnung Anwendung.[100] Die in dem EG-Übereinkommen beabsichtigte Regelung ist überzeugend, denn sie verläuft parallel zu den in England für den vertraglichen Forderungsübergang entwickelten Regeln. Diese Rechtslage sollte auch für die bei der Subrogation zu entscheidenden Interessenkonflikte leitend sein, denn die Entscheidung, die bei einer konsensualen Grundlage eines Interessenkonfliktsals interessen- und sachgerecht erkannt wurde, kann jedenfalls solange als Beurteilungsmaßstab für einen kraft Gesetzes entstehenden Interessenkonflikt dienen, wie der Gesetzgeber keine andere Regelung getroffen hat. Danach wird die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Forderung abgetreten werden kann, von der auf diese Forderung anwendbaren Rechtsordnung entschieden; das Innenverhältnis zwischen Zedent und Zessionar aber bestimmt sich nach seinem eigenen Statut.[101] Da sich das Innenverhältnis im Sinne eines Rechtsgrundes für die Übertragung der Forderung aus der guarantee ergibt, beherrscht das Recht der guarantee die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Subrogation stattfindet; das Statut der subrogierten Forderung bestimmt jedoch die Grenzen der Subrogation.

Ein weiteres Sonderproblem taucht bei der Klage des surety aus übergegangenem Recht auf. Wir haben oben gesehen, daß der surety zur Durchsetzung dieser Rechte im Namen des Gläubigers klagen muß. Dies ist grundsätzlich eine Frage des Prozeßrechts,[102] die sich damit nach der lex fori beurteilt.[103] Allerdings besteht bei der Anwendung dieses Grundsatzes im Bereich des Forderungsübergangs Uneinigkeit.

Graveson vertritt die Ansicht, daß die englischen Gerichteaus historischen Gründen den Blickwinkel des Prozeßrechts vorzögen. Demgegenüber halten Cheshire/North und Dicey/Morris eine differenzierte Betrachtungsweise für angezeigt und betonen den materiell-rechtlichen Gehalt dieser Frage.

Cheshire/North begründen ihre Auffassung damit, daß eine prozeßrechtliche Behandlung nicht dazu führen dürfe, dem Kläger Rechte vorzuenthalten, die er nach der beherrschenden Rechtsordnung erworben habe. [104]

Dicey/Morris stellen darauf ab, daß eine materiell-rechtliche Betrachtungsweise dem Gericht keine Schwierigkeiten bereiten würde und der Zweck einer solchen Vorschrift darin bestehe, dem Schuldner Schutz angedeihen zu lassen; diesen Schutz könne er aber nur von der lex causae erwarten. [105]

Nach Halsbury's Laws of England soll es darauf ankommen, ob die Norm, die dem Zedenten ein Klagerecht in eigenem Namen zuerkennt, extraterritoriale Wirkungen haben soll. [106]

Die letztgenannte Fragestellung ist wenig hilfreich, denn eine Sachnorm des Privatrechts will selbstverständlich auch im Ausland Anwendung finden, wenn sie kraft einer kollisionsrechtlichen Entscheidung einen Sachverhalt beherrscht.

Diejenigen Autoren, die eine materiell-rechtliche Betrachtungsweise befürworten, lassen offen, was die lex causae oder die beherrschende Rechtsordnung sein soll, denn einmal ließe sich argumentieren, das Recht der guarantee beherrsche die Subrogation, sodaß die Frage der prozessualen Geltendmachung eines subrogierten Rechts ebenfalls hiervon beherrscht werden müsse. Andererseits kann aber auch gesagt werden, über die Frage, in welcher Form eine Forderung gerichtlich durchzusetzen ist, könne nur das Recht der Forderung, also das Hauptschuldverhältnis, Auskunft geben. Nach meiner Ansicht ist die letztgenannte Ansicht überzeugender, denn nur sie wird dem mit einer solchen Rechtsnorm verfolgten Zweck, den Schuldner zu schützen, gerecht. Auch ist das Prozeßrechtsverhältnis zwischen dem regreßbegehrenden surety und dem Hauptschuldner eine Frage des Außenverhältnisses zwischen Zedenten und debitor cessus, das vom Recht des Hauptschuldverhältnisses bestimmt wird.

Daher muß davon ausgegangen werden, daß die materiell-rechtliche Betrachtungsweise das Recht der Hauptschuld anstelle der lex fori die aufgeworfene Frage entscheiden lassen will. Dieses Grundproblem der Zuordnung einer Rechtsnorm zum Prozeßrecht oder zum materiellen Recht soll im nachfolgenden Abschnitt abschließend erörtet und entschieden werden.

d) STATUTE OF FRAUDS 1677

S. 4 Statute of Frauds 1677 verlangt für die guarantee eine schriftliche Verpflichtungserklärung des surety. Grundsätzlich gilt in England für Formfragen bei Verträgen die Regel, daß ein Vertrag entweder nach dem Recht am Ort des Vertragsschlusses (locus regit formam actus) oder aber nach seinem proper law formgültig zustande gekommen sein muß.[107] Dies gilt jedoch nur, wenn sich die Form als eine die Bestandskraft des Vertrages erfassende Voraussetzung erweist. Diesen Charakter hat die in s. 4 Statute of Frauds 1677 enthaltene Formvorschrift aber nicht, denn, wie wir oben gesehen haben, berührt ein Verstoß hiergegen die Wirksamkeit der guarantee nicht, sondern nimmt ihr lediglich die Durchsetzbarkeit bei Gericht. S. 4 Statute of Frauds 1677 ist daher der Natur nach eine prozessuale Vorschrift,[108] die damit als Regel des Forums auf jeden Sachverhalt unabhängig von dessen sonstiger international-privatrechtlicher Beurteilung Anwendung findet.

Die oben bereits erwähnte Entscheidung Leroux v. Brown[109] ist auch für die kollisionsrechtliche Beurteilung des Statute of Frauds 1677 leading case.

Hier hatte der in England ansässige Beklagte den in Frankreich lebenden Kläger für einen Zeitraum von mehr als einem Jahr beschäftigen wollen. Dieser mündlich abgeschlossene Vertrag wurde vom französischem Recht beherrscht und war danach wirksam. S. 4 Statute of Frauds 1677[110] schrieb jedoch für Verträge, die nicht innerhalb eines Jahres zu erfüllen waren, eine schriftliche Niederlegung vor. Jervis C.J. entschied

> ... that the contract in this case is incapable of being enforced by an action in this country, because the 4th section of the 29 Car. 2, c.3, relates only to the procedure and not to the right and validity of the contract itself.[111]

Maule J. ergänzte dies, indem er erklärte:

> In their literal sense these words mean that no action shall be brought upon such an agreement in any court in which the British legislature has power to direct what shall and what shall not be done.[111]

Cheshire/North kritisieren diese Entscheidung vehement, indem sie erklären, daß es nicht Zweck des Kollisionsrechts sein könne, ein nach einer ausländischen Rechtsordnung bestehendes Recht zu zerstören, solange die öffentliche Ordnung des Forums nicht tangiert sei.[112]

Auch Lorenzen kritisiert diese Rechtsprechung unter Hinweis auf den Zweck der Anknüpfung des Prozeßrechts an der lex fori, der darin bestehe, die Gerichte in die Lage zu versetzen, den Justizapparat in der gewohnten Weise zu handhaben, und der durch eine Anknüpfung der Formfrage an der lex causae der guarantee nicht beeinträchtigt sei. [113]

Dicey/Morris vertreten die Ansicht, daß s. 4 Statute of Frauds 1677 allein wegen des Wortlauts "no action shall be brought" bei Sachverhalten mit Auslandsberührung nicht als prozessuale Norm zu verstehen sei, nur weil ihr bei internen Rechtsfällen diese Natur zugesprochen wurde. [114]

Interessanterweise wird in den weniger an akademischen Belangen orientierten Handbüchern von Chitty [115] und in Halsbury's Laws of England [116] erklärt, s. 4 Statute of Frauds 1677 finde auf jeden contract of guarantee Anwendung, ohne daß es darauf ankomme, ob die guarantee nach ihrem proper law auch ohne schriftliche Niederlegung gültig sei.

Dennoch halte ich die materiell-rechtliche Betrachtungsweise für vorzugswürdig und meine, daß ihr heute auch ein Gericht folgen würde. Diese Überzeugung gründet sich vor allem auf den verabschiedeten, aber noch nicht in Kraft getretenen Foreign Limitations Periods Act 1984 und den damit verbundenen Rechtsänderungen. Ein Rückschluß von den Verjährungsregeln, die nach bisher herrschender Rechtsmeinung [117] grundsätzlich als Normen des Prozeßrechts betrachtet werden, erscheint zulässig, denn schon in Leroux v. Brown wurde diesem Aspekt auch für die Qualifikation der Form großes Gewicht beigemessen. [118] Auch wurde schon oben wegen des in der Einleitungsformel identischen Wortlauts des Statute of Limitation einerseits und des Statute of Frauds 1677 andererseits eine Argumentationshilfe für denkbar erachtet.

Wesentlicher Inhalt des Foreign Limitation Periods Act 1984 ist gemäß s. 1 (1), daß dann, wenn nach den Regeln des internationalen Privatrechts eine fremde Rechtsordnung auf einen Sachverhalt Anwendung findet, die Fragen der Verjährung nicht nach englischem Recht, sondern nach der anwendbaren fremden Rechtsordnung entschieden werden sollen. [119] Die Gründe, die zu dieser gesetzlichen Rechtsänderung geführt haben, [120] lassen sich zum Teil auch auf die guarantee übertragen, denn warum sollte dem surety, der sich nach der lex causae mündlich wirksam verpflichtet hat,

bei seiner Inanspruchnahme in England ein Einwand aus dem Statute of Frauds 1677 zustehen? Weder besondere Schutzinteressen, die sich aus der Rechtsstellung als surety ergeben, noch durchgreifende Einwände des befaßten Gerichts können dieses Ergebnis rechtfertigen. Auch der umgekehrte Fall, daß gegen einen englischen surety aus einer englischem Recht unterliegenden guarantee im Ausland geklagt wird und nunmehr s. 4 Statute of Frauds 1677 nicht zur Anwendung gelangt, weil das ausländische Gericht fremdes Prozeßrecht nicht berücksichtigt und damit einer mündlichen guarantee zur Durchsetzung verhilft, erscheint aus englischer Sicht wenig wünschenswert. Ein weiteres Argument läßt sich aus Rabels Analyse der historischen Grundlagen des Statute of Frauds 1677 gewinnen, der nachweist, daß dieses Gesetz weniger auf den Besonderheiten des damals geltenden englischen Prozeßrechts beruhte, sondern in einem gesamteuropäischen Trend lag und die Frage, ob damit eine Beweisregel geschaffen wurde oder eine die Gültigkeit eines Versprechens berührende Vorschrift, völlig offen war. [121]

Diese Argumente tragen die Prognose, daß ein englisches Gericht, insbesondere in Anbetracht der Entwicklung zur Behandlung der Verjährung in Fällen mit Auslandsberührung, die strikt prozessuale Behandlung von s. 4 Statute of Frauds 1677 aufgeben wird. Der Einwand, daß eine solche Rechtsänderung ebenso wie die Verjährungsfrage nur vom Gesetzgeber herbeigeführt werden könne, ist wenig überzeugend, denn anders als im Bereich der Verjährung fehlt es an einem nachweisbaren Bedürfnis für eine gesetzliche Regelung, da bei guarantees in aller Regel schriftliche Vereinbarungen vorliegen. [122]

Die gleichen Überlegungen gelten sinngemäß auch für die Frage, in welchem Namen der surety seinen Anspruch aus übergegangenem Recht gegen den Hauptschuldner geltend machen muß. Zu Recht hat Carter darauf hingewiesen, daß die Differenzierung in Prozeßrecht einerseits und in materielles Recht andererseits in diesem Bereich nicht aus einem logisch schlüssigen Konzept abgeleitet werden könne; vielmehr seien die unterschiedlichen Kategorien eine Masche, hinter der sich das Interesse des Forums verberge, das für angemessen erachtete Recht zur Anwendung zu bringen, so daß es entscheidend auf die Zwecke der jeweiligen gesetzlichen Regelung ankomme. [123]

Betrachtet man nun die Zwecke des Statute of Frauds 1677, so stellt man fest, daß die Interessen des Gerichts weniger tangiert sind als die der be-

teiligten Parteien. Dies zeigt sich vor allem aus den Konsequenzen des Formverstoßes, denn mit der Rechtsfolge der unenforceability wird bewirkt, daß es im Ermessen der Partei steht, sich auf den beabsichtigten Schutz vor Übereilung und Enttäuschung der Erwartung, der Hauptschuldner werde schon zahlen, zu berufen. Wenn aber ein bezweckter Schutz in der Disposition einer Partei steht, so ist damit auch anerkannt, daß das Interesse der Partei gegenüber dem Interesse des Gerichts an einer klaren Beweislage vorrangig ist.

Auch die Zweckanalyse bei der Frage, in welchem Namen bei einer Subrogation geklagt werden muß, zeigt, daß Interessen des Gerichts überhaupt nicht tangiert sind, sondern nur der beklagte Schuldner einwenden kann, er habe ein schützenswertes Interesse daran, nicht von einem ihm unbekannten Kläger behelligt zu werden.

2. CONTRACT OF INDEMNITY

Für die Anknüpfung des contract of indemnity gelten die allgemeinen sowie die besonderen, im Zusammenhang mit der guarantee entwickelten Anknüpfungsgrundsätze zur Bestimmung der closest and most real connection. Gleiches gilt für die kollisionsrechtliche Behandlung des Regresses des indemnifier.

3. NOVATION

Die Frage der kollisionsrechtlichen Behandlung der novation wurde vom Court of Appeal in Re United Railways of the Havana and Regla Warehouses Ltd.[124] zum Teil beantwortet:

> If we are right in accepting the view that, on analysis, novation comprises two features and that the first (the discharge of the debtor) is controlled by the proper law of the contract counsel for the liquidator's proposition cannot succeed and it is immaterial whether the second feature (the substitution of a new debtor) depends on the lex situs or on some other law. In these circumstances we prefer to express no concluded opinion on that question. There is obviously, however much to be said for the view expressed in Wolff's Private International Law (2nd Edn.), p. 458, that the question should be determined by the law with which the entry of the debtor is most closely connected and that, in the absence of some agreement to the contrary, such law might be the new debtor's personal law or the law of his place of business. [125]

Das Freiwerden des Altschuldners bestimmt sich daher nach dem proper law der novierten Forderung, und, wenn auch der Court of Appeal diese Frage nicht endgültig entschied, die Verpflichtung des Neuschuldners unterliegt ihrem eigenen Statut.

Während Cheshire/North [126] keine Aussage zur Feststellung der engsten und tatsächlichsten Verbindung beim Fehlen einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung machen, will Wolff die Heimatrechtsordnung des Neuschuldners oder das Recht an dessen Geschäftssitz zur Anwendung kommen lassen. [127] Dieser Ansicht folgen Dicey/Morris [128] und auch der Court of Appeal in der oben erwähnten Entscheidung. Besondere Gründe, warum es zu dieser Bevorzugung des Neuschuldners kommen soll, werden nicht dargetan. [129]

4. SOLIDARY OBLIGATION

Die kollisionsrechtliche Behandlung der solidary obligation war noch nicht Gegenstand einer veröffentlichten Gerichtsentscheidung oder einer Darstellung in den einschlägigen Textbüchern.

Jedoch lassen die oben gefundenen materiell-rechtlichen Grundsätze eine auf allgemeinen Erwägungen beruhende Lösung zu. Zunächst muß in joint und joint and several obligations sowie several obligations differenziert werden.

In der erstgenannten Kategorie finden wir ein einheitliches Leistungsversprechen. Diese Einheitlichkeit muß meines Erachtens auf der Ebene des Kollisionsrechts gewahrt bleiben. Daher wird diese Form der Verpflichtung nur von einem einzigen, nach allgemeinen Regeln zu ermittelnden proper law beherrscht. Dieses Statut bestimmt auch, ob Änderungen im Innenverhältnis, die zur Kenntnis des Gläubigers gelangen, einem joint debtor die Rechtsstellung eines surety einräumen können. Die nachträgliche Übernahme einer joint oder joint and several obligation vollzieht sich nach den oben gewonnenen Erkenntnissen nur im Wege der novation, so daß die dort gewonnenen Anknüpfungsregeln auch hier Anwendung finden, wenn auch mit den sich aus der Risikotheorie ergebenden Einschränkungen. [129]

Im Falle einer several obligation besteht kein Grund, jede der Verpflichtungserklärungen nicht ihrem eigenen Statut und damit auch unterschiedlichen Rechtsordnungen zu unterstellen.[130] Dies gilt gleichermaßen für die anfängliche und nachträgliche several obligation.

D. RECHTSVERGLEICHENDE ZUSAMMENFASSUNG

I. DIE INTERZESSIONSFORMEN

Legt man den oben erarbeiteten Interzessionsbegriff zugrunde, so ergeben sich für das deutsche Recht die folgenden Kategorien, die nunmehr in ihren Wesensmerkmalen rechtsvergleichend betrachtet werden sollen.

Die Bürgschaft, die in den §§ 765 ff. BGB und §§ 349, 350 HGB ihre gesetzliche Ausprägung erfahren hat, ist eine vertragliche Verpflichtung des Bürgen gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, dem Hauptschuldner, für die Erfüllung der Verbindlichkeit dieses Dritten einzustehen. Sie ist ihrem Wesen nach subsidiär und akzessorisch. Als kumulative Interzession ist die Bürgschaft dem contract of guarantee zuzuordnen.

Der Garantievertrag ist gesetzlich nicht geregelt. Hierauf hat der Gesetzgeber bewußt verzichtet. Den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch kann entnommen werden, daß dieser Vertragstyp in Anbetracht der Verschiedenheit der Verträge, die eine Garantieleistung zum Inhalt haben können, einer allgemeinen Regelung entzogen sei.[1] Er beschreibt das selbständige Versprechen, dem Gläubiger dafür einzustehen, daß ein bestimmter tatsächlicher oder rechtlicher Erfolg eintritt oder sich die Gefahr eines bestimmten künftigen Schadens nicht verwirklicht. Der Garantievertrag ist nicht akzessorisch und in der Regel nicht subsidiär[2] und weist somit die Wesensmerkmale des contract of indemnity auf.

Der Schuldbeitritt, auch Schuldmitübernahme oder kumulative Schuldübernahme genannt, ist im Gesetz ebenfalls nicht ausdrücklich geregelt. In § 419 Abs.1 BGB ist jedoch bei der Vermögensübernahme eine vergleichbare Haftungslage kraft Gesetzes vorgesehen, so daß der Schuldbeitritt, der auf eine privatautonome Vereinbarung zurückgeht, als eigenständiges Rechtsinstitut allgemein anerkannt ist.[3] Er bewirkt die gesamt-

schuldnerische Haftung des Beitretenden neben dem Erstschuldner.[4] Damit kann der Schuldbeitritt zunächst der joint and several obligation zugeordnet werden.

In den §§ 414 ff. BGB ist die Schuldübernahme geregelt. Dieses Rechtsinstitut ermöglicht unter Wahrung der Identität der Schuld den Austausch eines Schuldners, wobei der Neuschuldner an die Stelle des Altschuldners tritt und der Hauptschuldner aus seiner Haftung entlassen wird.[5] Der Fall der Ersetzung eines Schuldners durch einen Neuschuldner wird in England mit der Rechtsfigur der novation bewältigt. Die Novation ist auch im deutschen Recht bekannt. Sie setzt voraus, daß die Parteien die Aufhebung eines Schuldverhältnisses mit der Begründung eines neuen Schuldverhältnisses verbinden und dabei das neue Schuldverhältnis an die Stelle des alten tritt.[6]

Mit der Schaffung der Rechtsfigur der Schuldübernahme ist die Novation für den Bereich der Interzession in Deutschland weitgehend bedeutungslos geworden [7] und wird zu Recht nur noch als "mitgeschleppte historische Reminiszenz" bezeichnet.[8]

Ausgehend von diesen begrifflichen Zuordnungen, sollen nun schwerpunktmäßig die wesentlichen Gemeinsamkeiten und Regelungsunterschiede beider Rechtsordnungen dargestellt werden.

1. BÜRGSCHAFT UND GUARANTEE

a) CAUSA UND CONSIDERATION

Betrachtet man diese beiden Rechtsinstitute, so fällt zunächst auf, daß die allgemeinen Seriositätsindizien, die einem Versprechen Bindungswirkung verleihen, unterschiedlich ausgestaltet sind.

Causa und consideration sollen zwar strukturell verschieden, aber in ihren Wirkungen gleichartig sein.[9] Jedoch zeigt sich bei der guarantee, daß die Erfordernisse der consideration über die Anforderungen an eine kausale Verpflichtung hinausgehen.

Versteht man unter dem Prinzip der Kausalität von Verpflichtungsgeschäften neben der bloßen Einigung über die Begründung einer Schuld auch die Not-

wendigkeit, eine Einigung über das "Warum" oder die "causa" der Schuldbegründung zu erzielen, um eine bereicherungsrechtliche Beständigkeit zu bewirken,[10] so zeigt sich, daß ein abstrakter Sicherungszweck als typischer Zweck der Bürgschaft anerkannt ist. Wird der Sicherungszweck verfehlt, weil die Hauptschuld nicht zur Entstehung gelangt, so wird diese Zweckverfehlung nicht auf der Ebene des Bereicherungsrechts rückabgewickelt, sondern die Bürgschaft erlischt kraft Akzessiorität ipso iure.

Dagegen genügt für eine guarantee allein die Existenz einer Hauptforderung nicht, um das Versprechen, für die Erfüllung dieser Hauptforderung einstehen zu wollen, verbindlich zu machen. Vielmehr muß der Gläubiger in England für die guarantee einen Preis bezahlen, der sich als konkreter Vorteil für den surety oder einen Dritten oder aber als konkreter Nachteil für den Gläubiger erweist.

b) § 766 BGB UND S. 4 STATUTE OF FRAUDS 1677

Guarantee und Bürgschaft müssen schriftlich erklärt werden. Anders als s. 4 Statute of Frauds 1677 führt jedoch die Nichtbeachtung der von § 766 S.1 BGB geforderten Form zur Nichtigkeit der Bürgschaft gemäß § 125 S.1 BGB. Dies hat zur Folge, daß die Frage der Formwahrung eine von Amts wegen zu berücksichtigende Tatsache ist, deren Beurteilung sich der Disposition durch die Parteien entzieht.[11] In England dagegen muß der Formverstoß im Prozeß eingewendet werden, um gerichtliche Beachtung zu finden.[12]

Diese unterschiedliche Handhabung gründet sich darauf, daß das englische Recht einen Heilungsmechanismus, wie er in § 766 Satz 2 BGB enthalten ist, nicht kennt, aber auch nicht braucht, da das Bereicherungsrecht anders strukturiert ist. Jedoch sind die Relativierungen des gesetzlich vorgeschriebenen Formzwanges funktional gleichwertig, denn beide Techniken tragen dem Umstand Rechnung, daß der Formzweck, nämlich Warnung vor der Enttäuschung der Erwartung, nicht selbst in Anspruch genommen zu werden, verfehlt sein kann. Dabei wird der Verzicht auf den durch die Form bezweckten Schutz in Deutschland an die Erbringung der Leistung geknüpft, was insbesondere eine Folge der Struktur der §§ 812 ff. BGB ist. Die prozessuale Nichtgeltendmachung des Formmangels stellt demgegenüber eine gleichwertige

Verzichtshandlung dar.

Anders als in Deutschland bedarf in England auch die guarantee eines Kaufmanns zu ihrer Durchsetzbarkeit der Schriftform. Diese unterschiedliche Handhabung erklärt sich meines Erachtens daraus, daß § 766 BGB bei der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht unumstritten war, denn zunächst sollte die Bürgschaft formfrei wirksam sein; schon in den Motiven wird jedoch eingeräumt, daß zum Zwecke des Verkehrsschutzes eine Formvorschrift eingefügt werden könne.[13] Erst bei den Beratungen des Reichstags wurde dann § 766 BGB als Formerfordernis eingeführt [14] und § 350 HGB ist eine deutliche Konzession an die andere Auffassung.[15]

Dagegen sollten neben anderen Überlegungen mit der Schaffung des Statute of Frauds 1677 auch Mißstände abgeschafft werden, die sich aus der Handhabung des Zeugenbeweises ergaben.[16] Von einem solchen Schutzzweck konnten aber Kaufleute sinnvollerweise nicht ausgenommen werden.

Für die Schenkung geltende Formvorschriften müssen im Verhältnis zum Hauptschuldner dann beachtet werden, wenn der Bürge/surety auf seine Rückgriffsrechte verzichtet.[17] Ansonsten ist eine Sicherheitsleistung in der Regel keine Schenkung im Sinne von § 516 Abs. 1 BGB, da das Merkmal der Bereicherung nicht erfüllt ist.[18] So hat schon Savigny darauf hingewiesen, daß die Übernahme einer Bürgschaft für den Gläubiger nie eine Schenkung sei, da er nur dasjenige sicherer bekomme, was er bereits zu fordern habe.[19] § 518 Abs.1 BGB kann aber dann gelten, wenn feststeht, daß die zu sichernde Forderung wirtschaftlich wertlos ist und sich Gläubiger und Bürge dessen bei Abschluß ihres Vertrages bewußt sind. [20]

c) AUFKLÄRUNGSPFLICHTEN

Beide Rechtsordnungen sind äußerst zurückhaltend bei der Auferlegung von Aufklärungspflichten des Gläubigers gegenüber dem Sicherungsgeber.

Die Rechtsfigur des undue influence kennt das deutsche Recht nicht. Hiermit bewältigte Interessenkonflikte können in Deutschland allenfalls über § 139 Abs.2 BGB gelöst werden, ohne daß eine Möglichkeit besteht, in bestimmten Fallgruppen die Beweislast für die Ausbeutung einer Zwangslage

oder der Unerfahrenheit umzukehren. Eine gewisse Kontrollmöglichkeit in einem Teilbereich wird durch § 1822 Nr. 10 BGB geschaffen. Hiernach bedürfen der Vormund und auch die Eltern gemäß § 1643 Abs.1 BGB der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht, wenn sie für den Minderjährigen ein Interzessionsversprechen abgeben wollen.

Die Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluß begründet im deutschen Recht ein vorvertragliches Pflichtenverhältnis. Hieraus ergibt sich, daß der Bürgschaftsgläubiger nicht fahrlässig und für ihn erkennbar durch sein Verhalten einen Irrtum über das Haftungsrisiko beim Bürgen veranlassen darf.[21] Hier hält die englische Kategorie der misrepresentation ein Instrumentarium bereit, das eine weitgehend unproblematische Bewältigung dieser Fragen erlaubt.

Interessant ist, daß die innocent misrepresentation dem Bürgen einen Rechtsbehelf gibt, der anders als die culpa in contrahendo ein Verschulden des Erklärenden nicht voraussetzt.

d) AKZESSIORITÄT UND CO-EXTENSIVENESS PRINCIPLE

Esser hat darauf hingewiesen, daß das Prinzip der Akzessiorität im Bürgschaftsrecht im Bereich des Common Law von der doctrine of consideration erfaßt wird.[22] Dies ist zutreffend, soweit hiermit die Abhängigkeit der guarantee vom Entstehen, Umfang oder Erlöschen des Hauptschuldverhältnisses gemeint ist und die consideration inhaltlich vom Hauptschuldverhältnis bestimmt wird. Die Durchsetzungsakzessiorität,[23] die durch die §§ 767, 768 BGB geschaffen wird und die bewirkt, daß Einreden aus dem Hauptschuldverhältnis vom Bürgen als eigenes Recht bei der Inanspruchnahme aus der Bürgschaft dem Gläubiger entgegengehalten werden können, kann hiermit nach der Analyse der zu diesem Thema ergangenen Entscheidungen nicht gemeint sein. Auch die verzögerlichen Einreden der §§ 770 Abs.1, 771 BGB lassen sich auf die Verknüpfung von Hauptschuld und Bürgschaft zurückführen.

Diese exceptiones ex iure tertii kennt das englische Recht nicht. Der Wechselbeziehung von Hauptschuld und guarantee wird auf der Ebene der Durchsetzbarkeit der Hauptschuld nicht durch eine akzessorische Verknüpfung beider Rechtsverhältnisse Rechnung getragen. Vielmehr wird die Ver-

pflichtung des surety inhaltlich genau festgelegt, und jede rechtsgeschäftliche Änderung im Hauptschuldverhältnis, die für den surety nicht lediglich vorteilhaft ist, bewirkt seine Befreiung. Diese Betrachtungsweise, die sich in einem sehr viel stärkeren Maße an der Rechtsbeziehung Gläubiger-surety orientiert, hat ihre Ursache darin, daß in Common Law auch heute noch ein obligationenrechtliches Denken im Sinne des römisch-rechtlichen juris vinculum vorherrscht.[24]

Der durch das Freiwerden bewirkte größere Schutz des surety wird in der Rechtspraxis durch entsprechend formulierte guarantee-Verträge weitgehend aufgehoben, ein Phänomen, das wir auch in Deutschland beobachten, denn durch die höchstrichterliche Anerkennung der Bürgschaft auf erstes Anfordern [25] steht unser Akzessioritätsprinzip ebenfalls zur Disposition. Eine parallele Entwicklung geht dahin, daß sich die Gerichte verstärkt mit der Inhaltskontrolle von standardisierten Bürgschaftversprechen zu beschäftigen haben.[26]

Hier wird auch deutlich, daß Akzessiorität in Deutschland mehr ist als die Form, in der die Verfehlung oder Erreichung des Sicherungszweckes sich auf die Vermögenszuwendung auswirkt.[27] In England dagegen ist mit dem co-extensiveness principle gerade diese zweckorientierte Betrachtungsweise gemeint, deren Wurzeln aber in der doctrine of consideration zu suchen sind.

Die mit der Durchsetzungsakzessiorität bewirkten Rechtsbehelfe des Bürgen aus dem Hauptschuldverhältnis kann sich ein surety - soweit er durch die Ereignisse im Hauptschuldverhältnis nicht befreit wird, - nur dadurch zunutze machen, daß er bei seiner Inanspruchnahme durch den Gläubiger dem Hauptschuldner den Streit verkündet oder eine parteierweiternde Widerklage erhebt.

e) SPEZIELLE RECHTSBEHELFE

Eine Einrede der Vorausklage, wie sie in § 771 BGB vorgesehen und durch §§ 772, 773 BGB in ihren Voraussetzungen näher bestimmt ist,[28] kennt das englische Recht nicht. Nur wenn der surety nachweist, daß der Hauptschuldner wirtschaftlich in der Lage ist, die Hauptforderung zu erfüllen, kann er die Vollstreckung aus einem gegen ihn ergangenen Urteil verhindern.

Beide Rechtsordnungen kennen den Anspruch des Bürgen gegen den Hauptschuldner, der auf Befreiung von der Bürgschaftsverbindlichkeit gerichtet ist.

§ 775 BGB enthält eine abschließende Aufzählung der einzelnen Befreiungstatbestände,[29] während die action of quia timet keine im einzelnen definierten Voraussetzungen hat.

Gewisse Unterschiede ergeben sich bei der Beurteilung der Frage, welchen Einfluß die Behandlung von weiteren für die Hauptschuld bestehenden Sicherheiten durch den Gläubiger auf die Bürgschaft hat.

§ 776 BGB setzt für eine Befreiung des Bürgen voraus, daß der Gläubiger ein weiteres Sicherungsrecht aufgibt. Aufgeben bezeichnet immer nur eine gewollte, vorsätzliche Handlung; bloße Fahrlässigkeit, die zum Verlust des Sicherungsrechtes führt, genügt nicht.[30] Es wird jedoch die Ansicht vertreten, § 242 BGB gebiete bei einem durch ein nachlässiges Verhalten des Gläubigers bewirkten Verlust von Sicherheiten eine analoge Anwendung von § 776 BGB.[31] Der Bundesgerichtshof hat in diesen Fällen anerkannt, daß der Bürge unter Umständen die verzögerliche Einrede aus § 770 Abs.2 BGB wegen eines Schadensersatzanspruches des Hauptschuldners aus positiver Forderungsverletzung des Sicherungsvertrages erheben kann.[32]

Dagegen schuldet in England der Gläubiger dem surety aus der guarantee die sorgfältige Verwertung sonstiger Sicherheiten, um seinen Anspruch aus der guarantee in vollem Umfang zu erhalten.

Auch hier zeigt sich, daß wegen des Fehlens eines durchgängigen Verknüpfungsprinzips die Pflichten des Gläubigers im Verhältnis zum Interzedenten ausgeprägter sind, um so im Ergebnis gleichwertige Lösungen der Interessenkonflikte zu erzielen.

Eine § 777 BGB vergleichbare Regelung, die es zugunsten des Gläubigers ermöglicht, eine zeitlich befristete Bürgschaft auch noch nach Eintritt eines Endtermins durchzusetzen,[33] kennt das englische Recht nicht.

f) DIE REGRESSLAGEN

Entscheidende Rechtsquelle für den Regreß des Bürgen ist das zwischen ihm und dem Hauptschuldner bestehende Rechtsverhältnis, das im deutschen Recht im Auftragsrecht der §§ 667ff.BGB zu suchen ist. Häufig werden die Voraussetzungen eines Geschäftsbesorgungsvertrages, § 675 BGB, oder auch die Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag, §§ 683 ff. BGB,

vorliegen. Nach § 670 BGB kann der Bürge Ersatz derjenigen Aufwendungen verlangen, die er für erforderlich halten durfte. Verweigert der Hauptschuldner die Genehmigung einer unberechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag, so ist der Bürge auf einen Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung verwiesen, § 684 Satz 1 BGB. [34] Damit finden wir eine weitgehende Parallelität der Rückgriffslagen; allerdings trägt der Bürge im Bestreitensfall die Beweislast für die Erforderlichkeit der Aufwendungen, [35] während in England der Hauptschuldner bei der Inanspruchnahme aus dem Schadloshaltungsvertrag nachweisen muß, daß kein vernünftiger Grund für die geltend gemachten Aufwendungen bestand. [36]

Auch der Bereicherungsanspruch unterscheidet sich insofern, als in England die allgemeinen Voraussetzungen für diesen Anspruch vorliegen müssen, während § 684 Satz 1 BGB eine Rechtsfolgenverweisung enthält. [37]

Die cessio legis des § 774 BGB und die Subrogation des surety in die Rechtsstellung des Gläubigers enthalten funktional gleichwertige Rückgriffsmöglichkeiten. Aber auch hier wird deutlich, daß das englische Recht den strikt persönlichen Charakter des Schuldverhältnisses sogar um den Preis unverständlicher Entscheidungen aufrecht erhält, wie Owen v. Tate zeigt. [38] Das Erfordernis, im Namen des ursprünglichen Gläubigers klagen zu müssen, ist wenig überzeugend, denn bei den Rückgriffslagen sollte im Hinblick auf die hieran beteiligten Parteien in prozeßrechtlicher Hinsicht eine Einheit bestehen, da nur Bürge und Hauptschuldner hiervon betroffen sind.

Damit ist nicht gesagt, daß der Rückgriffsanspruch insgesamt ein einziger, aus mehreren Gesetzesvorschriften gleichermaßen begründeter Anspruch ist. [39] Vielmehr muß mit der in Deutschland vorherrschenden Meinung [40] davon ausgegangen werden, daß der Bürge zwei nebeneinander bestehende Forderungsrechte innehat, denen unterschiedliche Lebenssachverhalte zugrunde liegen. [41]

Während eine Teilleistung des Bürgen einen teilweisen Forderungsübergang bewirkt (" Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt ..."), kommt in England eine Subrogation bei einer Teilleistung nicht in Betracht.

2. GARANTIEVERTRAG UND CONTRACT OF INDEMNITY

Es entsprach den Vorstellungen des gemeinen Rechts, daß das Schadloshaltungsversprechen (promissio indemnitatis) und die Schadloshaltungsbürgschaft (fidejussio indemnitatis) im Verhältnis von genus und species stehen. [42]

Diese Auffassung herrschte auch noch bei der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches vor, denn in den Motiven wird erklärt, der Garantievertrag umfasse die Bürgschaft begrifflich. [43]

Heute wird dieses Spezialitätsverhältnis nicht mehr betont; [44] der Garantievertrag wird vielmehr als Vertrag eigener Art qualifiziert. [45] Aus englischer Sicht umfaßt der contract of indemnity den contract of guarantee.

In beiden Rechtsordnungen bedarf dieser Vertragstyp keiner besonderen Form. Daher wurde immer wieder versucht, Verträge, die als Bürgschaft oder guarantee ungültig gewesen wären, als Garantie oder indemnity zu qualifizieren, um so zu einem wirksamen Versprechen zu gelangen.

Ganz ähnlich wie im englischen Recht spielt auch in Deutschland das "eigene wirtschaftliche Interesse" des Interzedenten eine Rolle, um Bürgschaft und Garantie voneinander abzugrenzen.

Stammler [46] und auch Unger [47] setzen das wirtschaftliche Interesse des Garantierenden an seiner Verpflichtung voraus.

In der obergerichtlichen Rechtsprechung wird demgegenüber die Ansicht vertreten, das wirtschaftliche Interesse des Garanten sei kein entscheidendes Merkmal des Garantievertrages, da es keinen Anhalt im Gesetz oder der Verkehrsanschauung habe. [48]

Dagegen hat der Bundesgerichtshof erklärt, das eigene wirtschaftliche Interesse des Garanten sei zwar keine Entstehungsvoraussetzung des Garantievertrages, es könne jedoch ein zutreffendes Abgrenzungsmerkmal zur Bürgschaft darstellen [49] und sei ein wesentlicher Anhaltspunkt für eine so weitgehende Verpflichtung. [50]

Esser/Weyers rücken das eigene wirtschaftliche Interesse in die Nähe der englischen consideration. [51]

Für den Bereich des gewerbsmäßig gewährten Avalkredits wird dieses Merkmal als obsolet erachtet. [52]

Zunächst hat die oben vorgenommene Analyse gezeigt, daß die consideration mehr ist als ein Interesse an einer rechtlichen Unternehmung, denn das Vorhandensein eines Interesses vermag das Erfordernis der consideration

nicht zu ersetzen.

Ein weiterer wichtiger Gesichtspunkt ist, daß sich die Abgrenzungsfragen in beiden Rechtsordnungen mit unterschiedlicher Bedeutung stellen.

Während in England auch für die nicht verknüpfte indemnity in der Regel durch die doctrine of consideration eine der Entstehungs-, Umfangs- und Erlöschensakzessiorität vergleichbare Verknüpfung entsteht und die Regreßlagen bei guarantee und indemnity identisch sind, fehlt der Garantie in Deutschland ein adäquater Regelungsrahmen. Die Qualifikation eines Versprechens entscheidet nämlich nicht nur über die geforderte Form, sondern auch darüber, ob die Normen des Bürgschaftsrechts insbesondere die §§ 774, 776 BGB Anwendung finden können. [53]

Ausgangspunkt für die Qualifikation eines Versprechens müssen immer die strukturellen Unterschiede sein, die zwischen den in Betracht kommenden Rechtsinstituten bestehen. Schon Stammler hat darauf hingewiesen, daß sich Garantie und Bürgschaft in scharfer Weise durch das der Bürgschaft innewohnende Moment der Akzessiorität scheiden. [54] Diese generelle Unabhängigkeit von dem zu sichernden Rechtsverhältnis ist auch das Strukturmerkmal der indemnity.

Ergibt sich daher schon aus dem Versprechen, daß der Interzedent unabhängig von der Frage, ob ein Dritter haftet, bei dem Eintritt bestimmter Umstände haften will, so liegt immer eine Garantie oder indemnity vor, ohne daß sich Abgrenzungsfragen überhaupt stellen. [55]

Führt die Analyse zu keinem eindeutigen Ergebnis, so müssen die Rechtsbeziehungen der Parteien in ihrer Gesamtheit berücksichtigt werden. [56] Hier kann dann das Interesse des Interzedenten an seiner Haftungsübernahme den Ausschlag für die Qualifikation des Versprechens geben. Auch der in England entwickelte Ansatzpunkt, der untersucht, ob zwischen Gläubiger und Interzedenten eine über das Interzessionsversprechen hinausgehende Rechtsbeziehung besteht, kann weiterhelfen. Bleiben bei dieser Gesamtbetrachtung Zweifel am Willen der Parteien, so ist zum Schutze des Verpflichteten in der Regel eine Bürgschaft anzunehmen. [57]

/ 143

3. SCHULDBEITRITT UND JOINT AND SEVERAL OBLIGATION

Während die joint and several obligation als Interzessionsform in England keine Bedeutung erlangt hat, handelt es sich bei dem Schuldbeitritt um eine anerkannte Personalsicherheit. Der Schuldbeitritt bedarf keiner besonderen Form; [58] insbesondere scheidet eine Analogie zu § 766 BGB aus, der als ius singulare nicht analogiefähig ist. [59] Auch hier gestaltet sich die Abgrenzung zwischen der Bürgschaft, insbesondere in ihrer selbstschuldnerischen Form und dem Schuldbeitritt äußerst schwierig, denn die Grenzen sind fließend. [60] Zu Recht wird darauf hingewiesen, daß eine operationale Unterscheidung zwischen dem Schuldbeitritt und der selbstschuldnerischen Bürgschaft auf abstrakter Ebene nicht möglich ist. [61] Dies wird besonders deutlich durch den Umstand, daß in der gerichtlichen Praxis Hauptschuldner und selbstschuldnerischer Bürge als Gesamtschuldner verurteilt werden können. [62]

Wie schon beim Garantievertrag ist das eigene wirtschaftliche (oder auch rechtliche) Interesse des sich verpflichtenden Vertragspartners daran, daß die Verbindlichkeit getilgt wird, ein wichtiger Anhaltspunkt für das Vorliegen eines Schuldbeitritts. [63]

Zur Ermittlung dieses Interesses schlägt Scheyhing eine Testfrage vor: Hätte der Beitretende selbst kontrahiert, die bestehende Verpflichtung des Urschuldners einmal weggedacht? [64] Diese Technik macht deutlich, daß es letztlich darum geht, durch die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens die Tendenz eines Rechtsgeschäfts festzustellen. [65] In Zweifelsfällen gilt aber die Vermutung, daß nicht ein Schuldbeitritt, sondern eine Bürgschaft als klassische und gesetzliche Regelform der Personalsicherheit gewollt ist. [66]

In rechtsvergleichender Hinsicht bemerkenswert ist der Umstand, daß Abgrenzungsprobleme, die in Deutschland der Frage Bürgschaft oder Schuldbeitritt zugeordnet sind, in England bei der Unterscheidung von original und secondary promises zu finden sind.

Der Entscheidung des Reichsgerichtes vom 28. September 1908 [67] lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Beklagte war Hypothekengläubiger. Der Grundstückseigentümer ließ auf dem belasteten Grundstück Arbeiten durch einen Bauhandwerker ausführen. Nachdem ein Teil der Arbeiten erbracht war, kamen dem Bauhandwerker

Bedenken wegen der Zahlungsfähigkeit des Bestellers. Darauf angesprochen, erklärte der Beklagte, er, der Bauhandwerker, könne die Arbeiten ruhig machen; wenn er Geld brauche, solle er zu ihm, dem Beklagten, kommen; er werde die Arbeiten bezahlen. Das Reichsgericht vertrat die Ansicht, hier liege eine kumulative Schuldübernahme vor, die als selbständige Zahlungsverpflichtung dem Formgebot des § 766 BGB nicht unterliege.

Die hier zu beurteilende Erklärung ist im wesentlichen identisch mit dem Interzessionsversprechen, das in Lakeman v. Mountstephen [68] zu beurteilen war. Auch dort wurde eine Haftung trotz fehlender Schriftlichkeit bejaht, weil ein original promise vorlag.

In einer Entscheidung des Hanseatischen Oberlandesgerichts vom 21. Februar 1934 [69] wandten die Beklagten gegen die Inanspruchnahme aus einer Bürgschaft ein, § 777 Abs. 1 Satz 2 BGB könne keine Anwendung finden, denn es habe ein der Schuldübernahme ähnliches Rechtsverhältnis besonderer Art vorgelegen, weil die Beklagten als Aktionäre der Hauptschuldnerin ein eigenes Interesse an der zu sichernden Kreditgewährung hatten. Das Gericht folgte dieser Argumentation wegen des klaren Wortlauts der Verpflichtungsurkunde nicht und erklärte obiter, ein Interesse des Bürgen, das nur deswegen ein eigenes sei, weil der Bürge am Hauptschuldner selbst ein Interesse habe, sei kein eigenes unmittelbares Interesse, das auf den Willen zum Abschluß einer Schuldmitübernahme schließen lasse.

Diese Entscheidung hat eine eindrucksvolle Parallele zur Harburg India Rubber Co. v. Martin, [70] wo ein solches Interesse ebenfalls nicht ausreichte, um ein mündliches Versprechen durchsetzbar zu machen.

Hier wird aber auch deutlich, daß es kaum möglich ist, die Strukturen des Interesses so zu definieren, daß ein allgemein gültiges Prinzip erkennbar wird. So hat der Bundesgerichtshof erklärt, nicht jedes Interesse daran, daß der Hauptschuldner seine Verpflichtungen gegenüber dem Gläubiger erfüllt, genüge, um eine Schuldmitübernahme annehmen zu können; ein lediglich persönliches Interesse desjenigen, der Zahlung für eine fremde Schuld verspricht, reiche zu einer Schuldmitübernahme nicht aus. [71] Offen bleibt, wie das Interesse beschaffen sein muß, um eine klar definierte Rechtsfolge auszulösen.

Obwohl die Gesamtschuld und die joint and several obligation strukturell vergleichbar sind, bewirkt in England die strikt personale Ausgestaltung des Schuldverhältnisses und die doctrine of consideration, daß der nachträgliche Eintritt eines weiteren Schuldners in England nur im Wege einer novation vollzogen werden kann. Das zugrundeliegende Ordnungsproblem wird dadurch bewältigt, daß der Anwendungsbereich des contract of indemnity weitergezogen wird, um so die nachträgliche Haftungsübernahme im Hinblick auf ein bestehendes Schuldverhältnis unter bestimmten Voraussetzungen als primary obligation zu definieren.

Die in beiden Rechtsordnungen entwickelten Abgrenzungsgesichtspunkte zur formbedürftigen Interzession sind nahezu identisch und führen, wenn auch mit zum Teil unterschiedlicher Begründung, zu gleichen Ergebnissen.

Festzuhalten bleibt, daß der Schuldbeitritt als Interzessionsform in England nicht im Bereich der solidary obligations anzutreffen ist, sondern dem contract of indemnity zugerechnet wird, soweit sich das Versprechen als primary obligation erweist.

4. SCHULDÜBERNAHME UND NOVATION

Das Rechtsinstitut der Schuldübernahme hat kein strukturell vergleichbares Gegenstück im englischen Rechtssystem. Dort verhindert wiederum der römisch-rechtliche Obligationenbegriff und die sich hieraus ergebende streng persönliche Ausgestaltung des Schuldverhältnisses einen Wechsel in der Person des Schuldners unter Wahrung der Identität der Forderung. [72]

Aber auch die romanistische Vorstellung der Identität von Schuld und Haftung [73] erlaubt es nicht, eine Schuld als dieselbe Schuld in ein anderes Vermögen zu verpflanzen. Im Gegensatz dazu waren im germanischen Recht Schuld und Haftung zwei voneinander trennbare Aspekte. Die Schuld beschreibt abstrakt ein rechtliches Sollen, während mit Haftung das Unterworfensein unter die Zugriffsmacht desjenigen beschrieben wird, dem nicht das geleistet wurde, was ihm hätte geleistet werden sollen. [74] Auf dieser rechtshistorischen Grundlage war es in Deutschland mithin denktheoretisch möglich, die Schuld als solche zu vergegenständlichen und als ein objektiviertes Leistensollen von

einem Vermögen unter Wahrung der Identität in ein anderes Vermögen zu übertragen.[75]

Das Ordnungsproblem der Ersetzung eines Schuldners durch einen neuen Schuldner wird in England von der auch in Deutschland anerkannten, aber bedeutungslos gewordenen Rechtsfigur der novation bewältigt.

Vorteile bietet die Schuldübernahme insofern, als es § 418 Abs. 1 BGB ermöglicht, mit der übergegangenen Schuld verknüpfte Sicherungsrechte in ihrem Bestand zu erhalten. Die in Deutschland herrschende Meinung, nur die Einwilligung, also die vorherige Zustimmung (§ 183 BGB) des Sicherungsgebers zur Schuldübernahme könne diese Rechtsfolge auslösen,[76] ist nicht haltbar, denn die Verwendung des Begriffes "einwilligt" in § 418 Abs.1 Satz 2 BGB ist ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers.

Aus den Protokollen der Vorkommission des Reichsjustizamtes ergibt sich eindeutig, daß die Aufrechterhaltung von Pfandrecht und Bürgschaft an die "Zustimmung" des Sicherungsgebers geknüpft werden sollte.[77] Dennoch sprach der Entwurf lediglich von "einwilligen". Auch wird diese am Wortlaut haftende Auslegung dem in den Motiven zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers, den Interessen des Rechtsverkehrs Rechnung zu tragen,[78] nicht gerecht, wenn es einem Gläubiger verwehrt wird, sich auf eine nachträgliche Genehmigung des Sicherungsgebers zu berufen. Daher genügt auch die nachträgliche Genehmigung.

II. DIE KOLLISIONSRECHTLICHE BEHANDLUNG DER INTERZESSIONSFORMEN

1. ALLGEMEINE GRUNDSÄTZE

Die Interzession gehört zu den obligatorischen Rechtsgeschäften. Auch in Deutschland wird das für einen schuldrechtlichen Vertrag maßgebliche Recht in erster Linie durch den ausdrücklichen oder stillschweigenden Willen der Vertragsparteien bestimmt.[79] Dieser Grundsatz ist auch in dem Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts[80] (im folgenden "Entwurf IPR-Gesetz") enthalten, der das EG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. Juni 1980[81] (im folgenden "EG-Übereinkommen") inhaltlich übernommen hat.[82]

Grundsätzlich können die Parteien frei jede beliebige Rechtsordnung für ihre Rechtsbeziehungen wählen. Lediglich dann, wenn der Sachverhalt keinerlei anerkennenswertes Interesse einer Partei an dem gewählten Recht begründet, soll die Rechtswahl als kollisionsrechtliche Verweisung scheitern. [83]

Was mit anerkennenswertem Interesse gemeint ist, bleibt, ähnlich wie in England, wo die Rechtswahl bona fide and legal sein muß, offen. Der Bundesgerichtshof scheint die Wahl einer ausländischen Rechtsordnung und eines ausländischen Gerichtsstandes bei dem Fehlen jeglicher Auslandsberührung anzuerkennen, sofern die Rechtswahl "nicht zu Umgehungszwecken" erfolgte. [84]

Die reinen Inlandsfälle gehören nicht in diesen Bereich, denn grundsätzlich stellt sich die Rechtsanwendungsfrage nur dann, wenn ein Lebenssachverhalt irgendeine Verbindung zu einer anderen Rechtsordnung als der des Forums aufweist.

Einem anerkennenswerten Interesse steht nicht entgegen, wenn sich die Parteien eines transnationalen Rechtsgeschäfts auf eine neutrale Rechtsordnung verständigen, selbst wenn die gewählte Rechtsordnung keinerlei Verbindung zu ihren Rechtsbeziehungen hat. Eine solche Rechtswahl genügt immer einem vernünftigen und damit anerkennenswerten Interesse, das sich aus den Bedürfnissen des internationalen Handelsverkehrs ergibt. [85]

Fehlt eine ausdrückliche Rechtswahl, und ist dennoch ein realer Rechtswahlwille der Parteien festzustellen, so kann eine bestimmte Rechtsordnung auch stillschweigend gewählt werden. Dieser Wille wird aus den Umständen des Einzelfalles und auch aus den typischen Umständen eines Rechtsgeschäfts abgeleitet. [86] Zu den wichtigsten Indizien gehören eine Gerichtsstands- und Schiedsgerichtsvereinbarung, übereinstimmendes Prozeßverhalten, die Verweisung auf Vorschriften eines bestimmten Rechts, der Ort des Vertragsschlusses oder die Benutzung von Formularen, die auf eine bestimmte Rechtsordnung hinweisen. [87]

Beide Rechtsordnungen weisen daher im Bereich der ausdrücklichen und stillschweigenden Rechtswahl der Parteien eine weitgehende Übereinstimmung auf.

Wenn sich keine konsensuale Grundlage für eine Rechtswahl findet, so ist das anzuwendende Recht durch die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens festzustellen. Ausgangspunkt dieser Betrachtungsweise ist die Frage, welche Rechts-

wahl die Parteien getroffen hätten, wenn ihnen die kollisionsrechtliche Problematik ihrer Rechtsbeziehungen bewußt gewesen wäre. [88]

Dieser subjektivistische Ansatz ist von der Rechtsprechung weitgehend aufgegeben worden. So hat der Bundesgerichtshof in einem Urteil vom 13. Mai 1982 [89] erklärt:

> Dabei wird der hypothetische Parteiwille nicht durch die subjektiven Vorstellungen der Parteien bestimmt; es handelt sich vielmehr darum, die Interessen der Parteien auf objektiver Grundlage abzuwägen und zu ermitteln, ob der Schwerpunkt des Vertragsverhältnisses danach auf eine bestimmte Rechtsordnung für das ganze Vertragsverhältnis hinweist.

Wegen dieser Verschmelzung von objektiven und subjektiven Anknüpfungselementen vertritt Kegel die Ansicht, die Ermittlungen des hypothetischen Parteiwillens sei in Wahrheit eine objektive Bestimmung des anwendbaren Rechts unter dem Deckmantel einer subjektiv formulierten Generalklausel. [90]

Auch in Deutschland ist daher ein Trend festzustellen, der die Anknüpfung auf objektive Grundlage stellt. Dabei sind die Anknüpfungsindizien im wesentlichen die gleichen, die auch bei der Ermittlung des stillschweigenden Parteiwillens beachtlich waren, denn die Grenzen zwischen beiden Anknüpfungspunkten sind fließend. [91] Die Gesamtschau der Rechtsbeziehungen der Parteien erfordert es, auch den Erfüllungsort bei der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens als einen Faktor unter anderen zu beachten. [92] Die von den Kritikern dieser Einbeziehung vorgebrachten Bedenken, hierdurch könne es zur Anwendung zweier Rechte kommen, [93] können ausgeräumt werden. Mißt man keinem der Indizien eine stärkere Bedeutung bei, sondern sieht seine Aufgabe darin, eine Entscheidung darüber zu treffen, welche Rechtsordnung einem Lebenssachverhalt am nächsten steht, [94] so ist bereits bei der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens auch der Erfüllungsort zu berücksichtigen. Daß dann bei den zweiseitigen Schuldverhältnissen der Wert des Erfüllungsortes als Anknüpfungselement auf Null sinken kann, ist eine hinnehmbare Folge, denn regelmäßig bleiben genügend weitere Faktoren, die eine kollisionsrechtliche Entscheidung ermöglichen. Im übrigen stellt sich dieses Problem bei den Interzessionsformen nicht, da naturgemäß immer nur eine Leistungspflicht besteht, die es zu lokalisieren gilt.

Jedoch sollten auch bei einer objektiven Anknüpfung die Interessen der Parteien keinesfalls völlig außer acht bleiben, um der schon von Savigny be-

schriebenen Gefahr vorzubeugen, daß die Parteien einem Recht unterworfen werden, "das mit ihrer Absicht völlig in Widerspruch stände". [95]

Daher verlangt der Bundesgerichtshof meines Erachtens zu Recht, daß **die Interessen der Parteien** auf objektiver Grundlage abzuwägen sind. Hilfreich ist die englische Figur des reasonable businessman, die als objektives Anknüpfungselement geeignet ist, auch subjektive Vorstellungen der Parteien in sich aufzunehmen.

Eine Neuregelung dieser Frage enthalten der Entwurf IPR-Gesetz und das EG-Übereinkommen. Art. 28 Abs. 2 Entwurf IPR-Gesetz (Art. 4 Abs.2 EG-Übereinkommen) begründet eine Vermutung, wonach die engste Verbindung mit dem Recht des Staates besteht, in dem die Partei, die die vertragscharakteristische Leistung erbringt, ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder Sitz hat. Bei den einseitig verpflichtenden Interzessionen ist dies in aller Regel der Wohn- oder Geschäftssitz des Interzedenten. Art. 28 Abs. 5 Entwurf IPR-Gesetz (Art. 4 Abs.5 EG-Übereinkommen) ermöglicht aber in jedem Falle die Gesamtbetrachtung aller Umstände, denn die Vermutung des Absatzes 2 kann widerlegt werden, wenn sich aus dieser Gesamtbetrachtung ergibt, daß eine engere Verbindung zu einem anderen Staat besteht.

Läßt man die subjektiven Vorstellungen der Parteien nicht gänzlich außer acht, so läßt sich auch die schon oben [96] erwähnte Frage bewältigen, ob im Rahmen einer nichtkonsensualen Bestimmung des Schuldstatuts eine Rück- oder Weiterverweisung der ermittelten Rechtsordnung zu beachten ist. [97]

Diese Frage ist in der Rechtsprechung und in der Literatur umstritten. Der Bundesgerichtshof hat eine Gesamtverweisung abgelehnt, [98] während das Oberlandesgericht Düsseldorf nach Ermittlung der anwendbaren New Yorker Rechtsordnung auch das New Yorker Kollisionsrecht darauf geprüft hat, ob eine Rück- oder Weiterverweisung ausgesprochen wird. [99]

Konsequent ist Kegel der Ansicht, die objektive Anknüpfung erfordere die Annahme einer Gesamtverweisung, [100] während Martiny die Auffassung vertritt, in diesem Fall scheide eine Rück- oder Weiterverweisung aus. [101]

Mit der auch in England vorherrschenden Auffassung halte ich letzteres für richtig, denn die Auslösung von zusätzlichen Rechtsanwendungskonflikten liegt nicht im Interesse von vernünftigen Geschäftsleuten.

Diese Ansicht steht auch mit der in Art. 35 Entwurf IPR-Gesetz (Art. 15 EG-Übereinkommen) beabsichtigten Neuregelung im Einklang.

Ein bemerkenswerter theoretischer Rechtsunterschied liegt in der Beurteilung ausländischen Rechts durch das Gericht des Forums. Während ausländisches Recht in England eine beweisbedürftige Tatsache ist, [102] hat der deutsche Richter auch ausländisches Recht von sich aus anzuwenden, [103] selbst wenn sich keine der Parteien hierauf beruft. [104]

Bei der Nichtfeststellung oder Nichermittelbarkeit einer fremden Rechtsordnung kommt in England die Rechtsordnung des Forums zur Anwendung.

Auch der Bundesgerichtshof will in diesem Fall grundsätzlich deutsches Sachrecht anwenden. Nur dann, wenn die Anwendung inländischen Rechts zu äußerst unbefriedigenden Ergebnissen führt, soll der Rückgriff auf das dem an sich anwendbaren Recht nächstverwandte oder das wahrscheinlich geltende Recht möglich sein. [105]

Einen neuen Weg will Wengler [106] gehen, indem er de lege ferenda ein wohlabgewogenes Institut des forum non convieniens als Ausprägung des Rechtsschutzbedürfnisses für sachgerecht hält. Hiergegen habe ich aber wegen Art. 19 Abs. 4 GG erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken. Dem Bundesgerichtshof ist zuzustimmen; meines Erachtens bedarf diese Rechtsansicht aber keines Korrektivs für unbefriedigende Ergebnisse. Abgesehen davon, daß völlig offen ist, aufgrund welcher Kriterien eine Entscheidung als unbefriedigend betrachtet werden kann, dient die Schaffung solcher unbestimmten Rechtsbegriffe nicht der Rechtssicherheit. Die Gefahr, daß dann zu bedenkenlos auch die Heimatrechtsordnung rekurriert wird, schätze ich gering ein; die Mitwirkungsmöglichkeiten der Parteien und die Nachprüfung der Obergerichte, ob die Vorinstanz ihrer Erforschungspflicht in ausreichendem Umfang nachgekommen ist, [108] stellen in hinreichender Weise sicher, daß die lex fori nicht vorschnell und zu Unrecht angewandt wird.

Obwohl beide Rechtsordnungen unterschiedliche rechtliche Ausgangspositionen einnehmen, sind die Lösungen der Ordnungsprobleme weitgehend identisch, wenn auch der englische Richter weit weniger aktiv ist als ein deutsches Gericht. Dieses unterschiedliche Rollenverständnis hat seine Ursache darin, daß das Common Law das Prinzip iura novit curia nicht in gleicher Weise verwirklicht, [109]

wie wir das tun, sondern den Parteien auch den Vortrag der rechtlichen Grundlagen eines Interessenkonflikts weitgehend überläßt.

2. BÜRGSCHAFT UND GUARANTEE

Bürgschaft und guarantee unterstehen ihrem eigenen Statut. Die Verknüpfung mit dem Hauptschuldverhältnis erfordert es nicht, die Bürgschaft dem Statut der Hauptschuld zu unterwerfen, [110] denn der Entstehungsort, die Entstehungszeit und insbesondere die Entstehungsgründe der Bürgschaft sind anders gelagert als bei der Hauptschuld. Aber auch die Interessen des Bürgen bleiben bei einer grundsätzlichen Anlehnung der Bürgschaft an das Statut der Hauptschuld unbeachtet, [111] und die privatautonome Gestaltungsfreiheit der Parteien wäre auf unerträgliche Weise eingeschränkt. Daher hat schon das Reichsgericht erklärt, der Bürgschaftsvertrag sei ein selbständiges Rechtsgeschäft, das nach denjenigen Normen zu beurteilen sei, unter welchen es seiner Natur nach stehe. [112] Diese Überlegung wurde später auf die griffige Formel reduziert, daß das Recht der Hauptschuld bestimmt, **was** der Bürge zu leisten hat, das Recht des Bürgschaftsvertrages, **ob** eine Leistungsverpflichtung besteht. Der Bundesgerichtshof [114] und die Literatur [115] schlossen sich dieser zutreffenden Rechtsauffassung an.

Fehlt eine ausdrückliche oder stillschweigende Parteivereinbarung, wird mit dem Inkrafttreten des IPR-Gesetzes in Deutschland der gewöhnliche Aufenthalt beziehungsweise der Geschäftssitz des Bürgen der entscheidende Anknüpfungspunkt, denn er erbringt die vertragscharakteristische Leistung.

Da eine Gesamtschau nach wie vor erforderlich ist, kann neben den allgemeinen Faktoren, die für ein Näheverhältnis zu einer bestimmten Rechtsordnung sprechen, bei der Bürgschaft auch das gesicherte Hauptschuldverhältnis berücksichtigt werden; dies folgt aus der akzessorischen Verknüpfung der beiden Schuldverhältnisse. Aber auch der Zusammenhang einer Bürgschaft mit der Übernahme einer Gesellschaft kann ein entscheidender Hinweis sein. [116]

Einen weiteren Anhaltspunkt insbesondere im Hinblick auf die Wertigkeit der Anknüpfungspunkte gibt die unten dargestellte Risikotheorie.

Die Vorfrage nach dem Recht der Hauptschuld ist selbständig anzuknüpfen, so daß die Regeln des deutschen Internationalen Privatrechts einen Rechtsanwendungskonflikt hinsichtlich der Hauptschuld entscheiden und nicht etwa das

Kollisionsrecht eines auf die Bürgschaft anwendbaren ausländischen Rechts. [117]

a) FORMFRAGEN

Sedes materiae der Anknüpfung von Formfragen ist Art. 11 EGBGB, der, ebenso wie Art. 11 Abs. 1 Entwurf IPR-Gesetz (Art.9 Abs.1 EG-Übereinkommen), alternativ die Beachtung der Formerfordernisse des Geschäftsrechts oder des Rechts am Orte des Vertragsschlusses genügen läßt.

Dies bedeutet zunächst, daß eine Bürgschaft, die deutschem Recht unterliegt und nach § 766 BGB der Form bedarf, unter Umständen auch ohne Beachtung dieser Form wirksam sein kann, wenn das Recht am Ort des Vertragsschlusses ein solches Erfordernis nicht aufstellt. Dagegen findet s. 4 Statute of Frauds 1677 wegen der prozessualen Natur dieser Bestimmung auf jede guarantee unabhängig von deren Geschäftsrecht Anwendung. Folge hiervon ist, daß aus einer mündlich abgegebenen Bürgschaft, die deutschem Recht unterliegt und von einem Kaufmann abgegeben wurde, in England nicht geklagt werden kann. Umgekehrt stellt sich die Frage, ob s. 4 Statute of Frauds 1677 von einem deutschen Richter überhaupt zu beachten ist, denn der Grundsatz, daß die lex fori das Verfahrensrecht beherrscht, heißt auch, daß der Richter des Forums ausländisches Verfahrensrecht nicht beachtet und somit jede mündliche, englischem Recht unterliegende guarantee wirksam wäre. Dieses im Zusammenhang mit der Verjährung bekannte Problem der Qualifikation [118] wird in Deutschland dadurch bewältigt, daß der materiell-rechtliche Charakter einer Vorschrift aus der Sicht des Forums zu bestimmen ist und auf diesem Wege englisches Verfahrensrecht an die deutschen Vorstellungen angeglichen wird.

Dabei kann sich der Fall ergeben, daß eine in England mündlich erklärte, englischem Recht unterliegende guarantee eines Kaufmanns, die in Deutschland eingeklagt wird, unwirksam bleibt, da s. 4 Statute of Frauds 1677 nicht beachtet wurde. Im Ergebnis heißt dies, daß wir den Formzwang aus s. 4 Statute of Frauds 1677 respektieren, während in England nach derzeitiger Rechtslage die Formfreiheit einer deutschen Handelsbürgschaft nicht beachtet wird.

Es bleibt abzuwarten, ob sich in England die Auffassung durchsetzt, s. 4 Statute of Frauds 1677 habe materiell-rechtliche Qualität. Nach der durch den Foreign Limitations Periods Act 1984 bewirkten Rechtsänderung deutet viel in diese Richtung. Allerdings ist es nach wie vor in jedem Falle ratsam, im Geschäftsverkehr mit England grundsätzlich auf der schriftlichen Erteilung einer guarantee zu bestehen, unabhängig von der Frage, ob nach dem geltenden Geschäftsrecht hierauf verzichtet werden kann.

b) REGRESS

Besondere Probleme wirft die Frage des cessio legis beziehungsweise der Subrogation des Bürgen nach Erbringung seiner Verbindlichkeit auf. Art. 33 Abs. 3 Entwurf IPR-Gesetz (Art. 13 Abs. 1 EG-Übereinkommen) enthält eine ausdrückliche Regelung dieser Frage, die die derzeitige Rechtslage in sich aufnimmt. [119] Weder die ursprüngliche Rechtsauffassung des Reichsgerichts, [120] mit der durch die ausschließliche Anwendung des Bürgschaftsstatuts der Bürge geschützt werden sollte, noch die Gegenposition von Frankenstein, [121] der die Ansicht vertrat, nur das Statut der Hauptschuld könne entscheiden, ob eine Norm die Kraft habe, eine Forderung mit Wirkung gegen alle zu übertragen, haben sich im Ergebnis durchsetzen können. Vielmehr bestimmt das Statut der Bürgschaft, ob und in welchem Umfang der Bürge gegen den Hauptschuldner vorgehen kann, und das Recht des Hauptschuldverhältnisses die Grenzen (... gemäß dem für deren Beziehungen maßgebenden Recht ...) eines solchen Rechtsübergangs. Damit hat sich die schon von Letzgus im Jahre 1929 vertretene Ansicht wenigstens teilweise durchgesetzt, der dem Schuldner einer übergegangenen Forderung die Rechtsstellung eines debitor cessus einräumen wollte. [122] Auch Rilling räumt ein, das Recht der Bürgschaft müsse sich als "Entgelt" für den durch eine cessio legis ausgelösten Übergriff in die Domäne des fremden Rechts der Hauptschuld die Anwendung gewisser Normen dieser Rechtsordnung gefallen lassen. [123] Die Einzelfragen dieser Problematik sind hochstreitig und nicht endgültig geklärt. [124]

Soweit sich Regreßansprüche aus dem Rechtsverhältnis Bürge/Hauptschuldner ergeben, unterliegen diese in Deutschland ebenso wie in England ihrem eigenen, nach allgemeinen Regeln zu ermittelnden Statut. [125]

/ 154

3. GARANTIE UND INDEMNITY

Ebenso wie die indemnity unterliegt auch der Garantievertrag seinem eigenen, selbständig zu ermittelnden Statut, [126] wobei die gleichen Grundsätze wie bei der Bürgschaft gelten. [127]

Interessant ist in diesem Zusammenhang eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt. [128] Dort war in einer Bankgarantie als Gerichtsstand und Erfüllungsort Frankfurt vereinbart worden. Die Beklagte war eine schwedische Bank. Das Gericht vertrat die Ansicht, daß grundsätzlich die Beklagte im Falle einer einseitigen Verpflichtungserklärung ihr Heimatrecht angewendet sehen will und bei Erklärungen einer Bank im Regelfall das Recht ihres Sitzes gilt. Dennoch kam deutsches Recht zur Anwendung, weil nach der Überzeugung des Gerichts die Vereinbarung eines Gerichtsstands und Erfüllungsorts in Frankfurt am Main einzig und allein dem Zweck diente, die Anwendbarkeit deutschen materiellen Rechts sicherzustellen; in einer solchen Situation wäre es Sache der Beklagten gewesen, ihren auf die Anwendung schwedischen Rechts gerichteten Willen deutlich zu machen. Bemerkenswert ist dieser Fall deshalb, weil er zeigt, daß eine schematische Anknüpfung auch im Bereich einseitiger Verpflichtungserklärungen nicht zwingend ist, sondern immer eine Gesamtschau aller relevanten Umstände, der sogenannten "surrounding facts", durchzuführen ist. [129] An den Maßstäben der Risikotheorie gemessen, erscheint diese Entscheidung aber unzutreffend.

4. SCHULDBEITRITT UND INDEMNITY

Auch der Schuldbeitritt ist nach überwiegender Auffassung selbständig anzuknüpfen. [130] Insoweit besteht Übereinstimmung zu den Anknüpfungsregeln für die indemnity. Die verschiedentlich vorgebrachte Überlegung, im Rahmen einer objektiven Anknüpfung könne auch das Statut der bereits bestehenden Schuld Anwendung finden, [131] ist zwar im Ansatz überzeugend, jedoch bei Anwendung der Grundsätze der Risikotheorie stark relativiert.

5. SCHULDÜBERNAHME UND NOVATION

Bei der Schuldübernahme bieten sich zwei Möglichkeiten der Anknüpfung. Nach einer Auffassung soll wegen der neuen selbständigen Verpflichtung zwischen Gläubiger und Neuschuldner die Schuldübernahme grundsätzlich

ihrem eigenen Statut unterstehen. [132] Andere Autoren [133] vertreten mit der Rechtsprechung [134] die Ansicht, daß die Schuldübernahme grundsätzlich dem Recht unterstellt wird, das die übernommene Schuld beherrscht. Letztere Ansicht ist in dogmatischer Hinsicht zutreffend, denn es ist nicht nachvollziehbar, warum bei einer bloßen Änderung der Zuordnung einer Schuld zu einer bestimmten Vermögensmasse das auf diese Schuld anwendbare Recht wechseln soll. Anderes kann vom Denkansatz her lediglich bei der englischen novation gelten, wo die übernommene Schuld immer erlischt und in der Person des Neuschuldners mit identischem Inhalt neu begründet wird. Jedoch zeigt die Risikotheorie, daß auch in diesem Fall dem Statut der übernommenen Schuld eine entscheidende Bedeutung zukommen muß. Diese Überlegungen lassen sich auf die Schuldübernahme und die novation in gleicher Weise übertragen, ohne daß es auf die strukturellen Unterschiede der beiden Institute ankommt.

6. DIE RISIKOTHEORIE

Grundüberlegung der Risikotheorie ist die Erkenntnis, daß jede Forderung, die sich gegen ein Rechtssubjekt oder gegen eine bestimmte Vermögensmasse richtet, mit dem Risiko der Durchsetzbarkeit behaftet ist. Dabei kann davon ausgegangen werden, daß beim Abschluß eines Rechtsgeschäfts die Risiken gleichmäßig zwischen den Parteien verteilt sind. Im Falle der Interzession kann sich diese Risikoverteilung ändern. Bei der kumulativen Interzession gewinnt der Gläubiger einen weiteren Schuldner hinzu und setzt das Risiko der Durchsetzbarkeit seiner Forderung herab. Das abstrakte Forderungsdurchsetzungsrisiko bleibt aber unverändert, wenn eine privative Interzession vorliegt.

Diesen unterschiedlichen Risikograden kann nun auf der Ebene des Internationalen Privatrechts Rechnung getragen werden, wenn bei einer länderübergreifenden Interzession eine ausdrückliche oder stillschweigende Rechtswahl **nicht** getroffen wurde. In diesem Fall sind nämlich die Interessen der Parteien auf objektiver Grundlage gegeneinander abzuwägen. Bei der aus diesem Abwägungsgebot folgenden Gesamtschau der Rechtsbeziehungen kann nicht außer Betracht bleiben, daß eine Interzession auch das Risiko der Forderungsdurchsetzung beeinflussen kann. Dabei ist der Gläubiger weniger schutzwürdig, wenn es ihm gelingt, das Forderungsdurchsetzungsrisiko zu seinen Gunsten zu verändern, soweit er dadurch das ursprüngliche Gleich-

gewicht der Risiken beeinträchtigt. In einem solchen Fall ist es sachgerecht, bei der Ermittlung des anwendbaren Rechts die Vorteile des Gläubigers dadurch auszugleichen, daß dem Interzedenten günstige Anknüpfungsgesichtspunkte eine größere Wertigkeit bekommen, um so die Forderungsdurchsetzungsrisiken wieder anzugleichen.

Für die einzelnen Interzessionsformen bedeutet dies:

Bei der Schuldübernahme und der novation wird der Altschuldner durch den Neuschuldner ersetzt. Das abstrakte Risiko der Durchsetzbarkeit der Forderung wird hiervon nicht berührt. Der Gläubiger ist dann in hohem Maße schutzwürdig, denn er darf darauf vertrauen, daß das Forderungsdurchsetzungsrisiko nicht durch Umstände beeinflußt wird, die außerhalb der Person des Neuschuldners liegen. Daraus folgt, daß das Statut der ursprünglichen und das der übernommenen Schuld identisch sein müssen, denn nur in diesem Fall ist die Erhaltung des abstrakten Risikogleichgewichts sichergestellt.

Bei der Bürgschaft und der guarantee erlangt der Gläubiger mit dem Interzedenten einen weiteren Schuldner, der im Falle der Verwirklichung des Forderungsdurchsetzungsrisikos für den Hauptschuldner haftet. Damit ist das Risiko der Durchsetzung der Forderung für den Gläubiger zurückgegangen, und er ist aus diesem Grunde weniger schutzwürdig. Dies führt dazu, daß das Statut der gesicherten Schuld nicht mehr zwingend auch das Statut der Interzession ist. Vielmehr bekommen nun die persönlichen Merkmale des Interzedenten (gewöhnlicher Aufenthalt oder Geschäftssitz) eine besondere Bedeutung, denn als Preis für die Verringerung des Risikos ist die Anwendung der Heimatrechtsordnung des Interzedenten zunächst angemessen. Jedoch muß berücksichtigt werden, daß die Hauptschuld und die Interzession hier miteinander verknüpft sind. Eine generelle Anwendung der Heimatrechtsordnung ist daher nicht sachgerecht, denn kraft Verknüpfung wird das allgemeine Forderungsdurchsetzungsrisiko der Hauptschuld in die Interzession hineingetragen. Daher stehen sich bei den verknüpften Interzessionen das Recht des Hauptschuldverhältnisses und die Heimatrechtsordnung des Interzedenten als alternative und gleichwertige Anknüpfungsfaktoren gegenüber. Die kollisionsrechtliche Entscheidung muß dann durch die Ermittlung und Untersuchung weiterer Anknüpfungspunkte getroffen werden, um das Näheverhältnis festzustellen. Führt dies zu keinem Ergebnis, so ist im Zweifel die Heimatrechtsordnung des Interzedenten führend, denn er

erhält für seine Verpflichtung in der Regel keine Gegenleistung und ist daher schutzwürdiger als der Gläubiger.

Auch durch den Garantievertrag, den Schuldbeitritt und den contract of indemnity gewinnt der Gläubiger einen zusätzlichen Schuldner. Da keine Verknüpfung mit dem Hauptschuldverhältnis besteht, ist der Gläubiger bei den nicht verknüpften Interzessionen weniger schutzwürdig als bei den verknüpften Interzessionen. Sein Forderungsdurchsetzungsrisiko ist wesentlich gemindert. Daher hat die Heimatrechtsordnung des Interzedenten in diesem Falle eine entscheidende Bedeutung, um diesen Vorteil des Gläubigers nicht noch weiter zu verstärken. Nur wenn außergewöhnliche Umstände vorliegen, kann es im Einzelfall denkbar sein, von dieser zwingenden Anknüpfung abzuweichen, um dem jeder kollisionsrechtlichen Entscheidung zugrundeliegenden Aspekt des Näheverhältnisses gerecht zu werden.

1 Z.B. Zweigert/Kötz, Bd.1, 2; Rabel, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, 2.

2 S. Die Darstellung bei Rothoeft, System der Irrtumslehre, 1ff.

3 Rothoeft, a.a.O. Fn. 2, 3; Kropholler, FS Bosch, 525ff. (525); Zweigert/Kötz, Bd. 1, 34, 48.

4 Zweigert,FS Schmitthoff, 403ff. (405).

5 Esser, Grundsatz und Norm, 348

6 Reichel, Schuldmitübernahme, 17

7 Medicus, Zur Geschichte des Senatus Consultum Velleianum 25/26.

8 Reichel, a.a.O. Fn. 6, 19.

9 Hasenbalg, Beiträge zur Lehre von der Interzession, 115/116

10 In dieser begrifflichen Gestalt taucht die Interzession in § 1822 Nr.10 BGB auf, vgl. Mot. IV, 1144; Enneccerus/Lehmann, Bd. 2, 787.

11 So schon Glück, Pandekten, 1. Abt. Teil 14, 441/442.

12 Glück, a.a.O. Fn. 11, 445f.; v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, III. Band, 131f., der statt subsidiär die Begriffe prinzipal (= nicht subsidiär) und akzessorisch (= subsidiär) verwendet.

13 Hasenbalg, a.a.O., Fn. 9, 96/97; vgl. aber schon Glück, Fn. 11, 442 Fn. 24 und Winscheid, AcP 32 (1849) 283ff. (305ff.); v. Vangerow Fn. 12, 131, der für diese Lage den Begriff Intervention verwendet. Dieser weite Interzessionsbegriff wurde nie angezweifelt. Umstritten war dagegen die Frage, ob die Interzession durch Alleinverpflichtung dem Senatus Consultum Velleianum unterfällt oder nicht, contra Stammler AcP 69 (1886) 1ff. /37,53), pro die oben zitierten Autoren. Das Sct. Velleianum enthielt ein Interzessionsverbot für Frauen, da ihnen damals "eine gewisse, dem weiblichen Geschlecht eigene Leichtsinnigkeit oder gutmütige Neigung, sich anderen gefällig zu beweisen" nachgesagt wurde, Glück, Fn. 11, 448/449.

14 So behandeln Brink/Habel, Recht der Kreditsicherheiten in den europäischen Ländern England, in ihrem 2. Kapitel die Kreditsicherung durch die persönliche Haftung Dritter, jedoch werden bei dieser Darstellung die Grundlagen, die zu der dargestellten Rechtslage geführt haben, kaum transparent; gleiches gilt für die Arbeit von Hartley, Das Bürgschafts- und Garantierecht ...

15 Zu dieser Problematik vgl. meine Ausführungen in RIW/AWD 1983, 822ff. und RIW/AWD 1985, 460ff.

16 So z.B. Zweigert/Kötz, Bd. 1, 210.

17 Vgl. Zweigert/Kötz, Bd. 1, 234ff.; Hartley, Fn. 14, Rdnr. 1,2, will für den Bereich von Bürgschaft und Garantie eine weitgehende Übereinstimmung zwischen englischem, schottischem und nordirischem Recht festgestellt haben. Generell wird der Unterschiedlichkeit der einzelnen Rechtsordnungen dadurch Rechnung getragen, daß auf einem Sachverhalt der beispielsweise eine Berührung mit England und Schottland aufweist, die Regeln des Internationalen Privatrechts Anwendung finden. Terminologisch bezeichnet "England" den Bereich von England und Wales, "Great Brtiain" England, Wales und Schottland, "United Kingdom" Großbritannien und Nordirland, "The British Isles" das Vereinigte Königreich, die Kanalinseln und die Isle of Man, vgl. H.L.E. Vol. 8, Rdnr. 401ff.

FUSSNOTEN TEIL B

1 Vgl. H.L.E. Vol. 20, S. 49f.; hier wird der contract of guarantee zum Gegenstand der Untersuchung gemacht, während in Chitty II S. 1191 identische Rechtsfragen unter dem Kapitel suretyship abgehandelt werden; in H.L.E. Vol. 20 werden unter dem Kapitel "The Nature of Guarantee" bei Rdnr. 105 "three different kinds of suretyship" abgehandelt; Chitty II verwendet zum Beispiel bei Rdnr. 4406 beide Termini für denselben Regelungsgegenstand; vgl. auch Charlesworth, S.481, "a contract of guarantee or suretyship"; Hartley, Rdnr. 5; Bernstein in FS Zajtay, S. 21ff.

2 Z.B. Re Conley [1938] 2 All E.R. 127ff. (130F,133C, 136A); Moschi v. Lep Air Services Ltd. [1972] 2 All E.R. 393ff. (404H, 407D).

3 Re Conley, Fn. 2, 131H

4 Goode, Introduction to ..... Rdnr. 14.3.

5 Goode, Consumer Credit Legislation, Vol.I, III/66.

6 Holdsworth, Vol.2, 83/84.

7 Rowlatt, 1 Fn. 3 a.E.

8 E.F.P., Vol. 9, Rdnr. 3.

9 H.L.E. Vol. 20, Rdnr. 1.

10 Rowlatt, 1.

11 Chitty II, Rdnr. 4401.

12 De Colyar, 1.

13 H.L.E. Vol.20, Rdnr. 101, Fn. 1.

14 De Colyar, 2; Chitty II, Rdnr. 4408; Anderes scheint hinsichtlich der consideration zu der Zeit vor Edward III. gegolten zu haben, denn hier war für die Klage gegen den surety nicht der Nachweis eines quid pro quo erforderlich, Salmond, Essays, 182; Holmes, 260,264.

15 (1880) 6 App.Cas. 1ff.

16 Fn. 15, 11.

17 Rowlatt, 4.

18 Lord Herschell L.C. in Rouse v. Bradford Banking Co. [1894] A.C. 586ff. (592/593); vgl. auch Overend Gurney & Co. v.Oriental Financial Corp. [1874-80] All E.R.Rep. 1269ff.; Goldfarb v. Bartlett [1920] 1 K.B. 639ff. (647/648).

19 Chitty II Rdnr. 4403 Fn. 10.

20 Vgl. nur bei Salmond 450; und s.noch unten.

21 Chitty I, Rdnr. 41.

22 Pollock, 2/3.

23 Cheshire/Fifoot, 25

24 Beide Begriffe scheinen austauschbar zu sein, vgl. Diplock L.J. in United Dominions Trust (Commercial) Ltd. v. Eagle Aircraft [1968] 1 W.L.R. 74ff. (82G); s. dazu Denning, The closing chapter, 60: "A little while ago I heard of a contract being a 'synallagmatic' contract. I had never heard of such a contract before. I have since looked it up in the dictionary. I believe it only means a two-sided contract; but I am not quite sure about it; perhaps it is a contract such as that of which I heard my predecessor, Lord

noch 24 ... Evershed, once say: "This contract is so one-sided, that I am surprised to find it written on both sides of the paper."

25 Chitty II Rdnr. 4408

26 Chitty I Rdnr. 84

27 Z.B. Provincial Bank of Ireland Ltd. v. Donnell [1934] N.I. 33ff. (45), oder auch Lord Denning M.R. in Amalgamated Investment & Pty. Co.Ltd. [1981] 3 W.L.R. 565ff. (572E); hierzu im einzelnen noch unten.

28 Fn. 24, 83E.

29 Fn. 24, 80H.

30 Chitty I Rdnr. 83.

31 Pollock, 25.

32 Chitty II Rdnr 4408.

33 Atiyah, a.a.O. Fn. 32.

34 [1891-94] All E.R.Rep. 127ff.

35 S. Fn. 34, 130C.

36 Rowlatt, 51ff.; Chitty II Rdnr. 4430.

37 H.L.E. Vol. 20, Rdnr. 144.

38 Chitty II Rdnr. 4408 Fn. 37.

39 [1861-73] All E.R.Rep. 868ff.

40 Lord Dunedin in Egbert v. National Crown Bank [1918] A.C.903ff.(909); vgl. Offord v. Davies, Fn. 39,869/870: "We consider each discount as a separate transaction."

41 Im Ergebnis ähnlich Cheshire/Fifoot, 52.

42 Holdsworth, Vol. VIII, 3, 6/7; Simpson 316ff., 407.

43 Treitel, 46.

44 [1972] 2 All E.R. 393ff. (400B).

45 So sind die international gebräuchlichen performance bonds häufig nicht gesiegelt.

46 (1875) L.R. 10 Ex. 153ff., 162.

47 Pollock, 5th ed., 166.

48 "So vague that it gives no help at all", vgl. bei Chitty I Rdnr. 147.

49 [1914-15] All E.R.Rep. 333ff. per Lord Dunedin, 335I.

50 Cheshire/Fifoot, 63.

51 Cheshire/Fifoot, 6/7.

52 Chitty I Rdnr. 149.

53 Vgl. bei Thomas v. Thomas (1840) 11 A.&E. 438ff.

54 Pollock, 12th ed., 131.

55 Per Denman C.J. in Eastwood v. Kenyon [1836-42] All E.R.Rep. 133ff. (136H/I).

56 Barrell v. Trusell (1811) E.R. 128 C.P. 273ff. (274).

57 Lord Esher M.R. und Lopes L.J. in Crears v. Hunter (1887) 19 Q.B.D. 341ff. (344,346,).

/ 4

58 Cockburn C.J. in Oldershaw v. King (1857) E.R. 157 Ex. 213ff. (214/215).

59 H.L.E. Vol. 9, Rdnr. 317.

60 E.R. 135 C.P. 535ff. (544).

61 Chitty I Rdnr.153, z.B. die presumption of undue influence.

62 Morell v. Cowan (1877) 7 Ch.D. 151ff. (152).

63 E.R. 137 C.P. 579ff. (582).

64 Butcher v. Steuart (1843) E.R. 152 Ex. 1052ff.

65 Harris v. Venables (1872) L.R. 7 Ex. 253ff.

66 H.L.E. Vol. 9 Rdnr. 320.

67 [1908-10] All E.R.Rep. 449ff.

68 S. Fn. 67, Parker J., 451H.

69 Provincial Bank of Ireland Ltd. v. Donnell [1934] N.I. 33ff. (44).

70 Astley Industrial Trust Ltd. v. Grimston Electric Tools Ltd. (1965) 109(I) S.J. 149.

71 [1981] 2 W.L.R. 554ff., bestätigt [1981] 3 W.L.R. 565ff.

72 Rowlatt, 43.

73 Chitty II Rdnr. 4410 Fn. 52.

74 Chitty I Rdnr. 208 a.E.

75 [1981] 3 W.L.R. 565ff. (579F).

76 S.Fn.75, 584B-E.

77 S.Fn. 75,575F-G; vgl. auch Denning, The Closing Chapter, 256: "...a general principle, which enables the court to give whatever remedy is appropriate, including a cause of action if need be."

78 [1981] 2 W.L.R. 554 (561F-H).

79 Diese komplexe Rechtsfigur hat Lord Denning einmal wie folgt definiert: "Estoppel ... is a principle of justice and equity. It comes to this: where a man by his words or his conduct, has led another to believe in a particular state of affairs, he will not be allowed to go back on it when it would be unjust or inequitable for him to do so." Vgl. Moorgate Mercantile Co. Ltd. v. Twitchings [1975] 3 W.L.R. 286ff. (296H), aus anderen Gründen aufgehoben vom House of Lords [1976] 2 All E.R. 641ff.

80 S. Fn. 78, 574F.

81 S. Fn. 78, 573F.

82 S. Fn. 75, 573A.

83 S. Fn. 75, 572H.

84 S. Fn. 75, 578B.

85 S. Fn. 75, 582B.

86 Central London Property Trust Ltd. v. High Trees House Ltd. [1956] 1 All E.R. 256ff.

87 S. Fn. 75, 575E-G; vgl. auch Fn. 77.

88 S. Fn. 74.

89 Goldshede v. Swan (1847) E.R. 154 Ex. 65ff. (67) per Pollock C.B.

90 Per Denning L.J. in Combe v. Combe [1951] 1 All E.R. 767ff. (769G).

91 Per Diplock L.J. in Letang v. Cooper [1964] 2 All E.R. 929ff. (934H,935F).

92 Bullen/Leake/Jacobs, 57; Odgers', 168.

93 Per Brandon L.J. Fn. 75, 584E.

94 S. Fn. 90, 770F.

95 Brikom Investment Ltd. v. Carr [1979] 2 All E.R. 753ff. (761F).

96 Provincial Bank of Ireland Ltd. v. Donnell [1934] N.I.33ff. (46/47).

97 Treitel, 454.

98 Vgl. Wortlaut bei Halsbury's Statutes, Vol.7, 6.

99 Birkmeyr v. Darnell (1704)E. R. 91 K.B. 27.

100 E.R. 138 C.P. 1119ff.; vgl. auch Simpson, 609.

101 Jervis C.J. Fn. 100, 1129; s. aber auch schon früher Bosanquet J. in Laythoarp v. Bryant (1836) E.R.132 C.P. 283ff. (288): "This fourth section does not avoid contracts not signed in the manner prescribed; it only precludes any right of action."

102 [1881-5] All E.R.Rep. 742ff. (747C); Miles v. New Zealand Alford Estate Co. (1886) 32 Ch.D. 266ff. (296); Re Hoyle [1893] 1 Ch. 84ff. (97).

103 Chitty I Rdnr. 17, Fn. 19.

104 Lorenzen, 32 Y.L.J. (1922-23), 311ff.

105 Rodriguez v. Parker [1966] 2 All E.R. 349ff. (363F).

106 Bullen/Leake/Jacobs, 462.

107 Bullen/Leake/Jacobs, 1088.

108 Collins M.R. in Fraser v. Pape (1904) 91 L.T. 340f.(341); S.C.P. 18/12/8.

109 Halsbury's Statutes, Vol. 7, 7.

110 E.F.P. Vol. 9, Guarantees and Indemnities, Rdnr.11.

111 Halsbury's Statutes, Vol. 7, 7.

112 Bank of Montreal v. Munster Bank (1876) I.R. 11 C.L. 47ff. (55) per Fitzgerald J.

113 Vaughan Williams L.J. in Re Denton's Estate [1904] 2 Ch. 178ff. (188/189).

114 Holmes v. Mitchell (1859) 141 E.R.C.P. 856ff. (859).

115 Vgl.E.F.P., 776ff., wo nahezu alle als Beispiel gegebenen Dokumente mit einem vergleichbaren Einleitungssatz beginnen.

116 H.L.E. Vol. 20, Rdnr. 133.

117 H.L.E. Vol. 20, Rdnr. 123.

118 Lord Selborne in Lakeman v. Mountstephen (1874) L.R. 7 H.L. 17ff. (24).

119 Caton v. Caton (1867) L.R.2 H.L. 127ff. (139).

120 E.F.P., Vol. 9, Guarantees and Indemnities, Rdnr. 18.

121 Lucas v. Dixon (1889) 22 Q.B.D. 357ff. (361).

122 Vgl. Rowlatt, 238.

123 H.L.E.. Vol. 17, Evidence, Rdnr. 226.

124 H.L.E. Vol. 20, Rdnr. 124.

125 Chitty II Rdnr. 4419.

126 Birkmeyr v. Darnell (1794) 91 E.R.K.B. 27.

127 Lakeman v. Mountstephen (1874) L.R. 7 H.L. 17ff. (23).

128 De Colyar, 110.

129 Dem Fall lag nicht der in der ratio decidendi dargelegte Sachverhalt zugrunde.

130 De Colyar, 22

131 [1902] 1 K.B. 778ff.

132 S. Fn. 131, 784.

133 97 E.R.K.B. 1152ff.

134 S. Fn. 133, 1153.

135 S. Fn. 133, 1154.

136 172 E.R.N.P. 1448f. (1449).

137 141 E.R.C.P. 861ff.

138 Cockburn C.J. bei Fn. 137, 868/869.

139 (1852) 155 E.R. 1250ff.

140 S. Fn. 139, 1257.

141 [1894] 1 Q.B. 285ff.

142 S. Fn. 141, 288.

143 S. Fn. 131.

144 S. Fn. 131, 786.

145 (1859) 141 E.R.C.P. 861ff. (868).

146 S. Fn. 141, 289.

147 A.a.O. , 132/133.

148 S. oben, 13.

149 [1902] 1 K.B. 778ff. (791).

150 [1913] 2 K.B. 47ff.

151 S. Fn 150, 55/56.

152 S. oben, 28.

153 S. Fn. 149, 787.

154 Kennedy L.J. in Davys v. Buswell, Fn. 150, 58.

155 Notes to Saunders Reports, 233.

156 In Re Greaves (1827) 148 E.R.Ex. 1466a; Re a Solicitor (1900) 45 S.J. 104.

157 [1964] 1 Lloyd's Rep. 460ff.

158 S. Fn. 157, 464.

159 Haigh v. Kaye (1872) L.R. 7 Ch. 469ff. (474); vgl. auch Lincoln v. Wright (1859) E.R. 45 Ch. 6ff.

160 S. oben 18/19.

161 H.L.E. Vol. 17 Rdnr. 14.

162 "The law is very protective of sureties", Goode, Legal Problems, 66.

163 Per Tucker L.J. in Eastern Counties Building Society v. Russel [1947] 2 All E.R. 734ff. (738H/739A).

164 E.R. 156 Ex. 545ff.

165 S. Fn. 164, per Pollock C.B. 550.

166 Rowlatt, 121/122.

167 (1864) E.R. 144 C.P. 194ff.

168 S. Fn. 167,203.

169 Bramwell B. Fn. 167, 206.

170 Pollock C.B. Fn. 167, 206.

171 8 E.R. 1339ff.

172 S. Fn. 171, 1344.

173 [1911-13] All E.R.Rep. 518ff.

174 S. Fn. 173, 519H, 520H.

175 S. Fn. 173, 522F-H.

176 Story, §§ 210ff.

177 S. Fn. 173, 524E.

178 S. Fn. 173, 524I.

179 S. Fn. 173, 525C.

180 S. Fn. 173, 525E.

181 Cooper v. National Provincial Bank [1945] 2 All E.R. 641ff. (645A); Goodwin v. National Bank of Australia (1968) 117 C.L.R. 173ff. (175).

182 S. Fn. 181.

183 S. Fn. 181, [1945] 2 All E.R. (645B).

184 Chitty II Rdnr. 4414.

185 O'Hara v. Allied Irish Bank (1984), The Times vom 7. Februar 1984.

186 H.L.E. Vol.9 Rdnr. 298.

187 Chitty I Rdnr. 505.

188 Vgl. Inche Noriah v. Shaik Allie Bin Omar [1928] All E.R.Rep. 189ff. (193E), wo ausgeführt wird, daß die Widerlegung nicht auf den Aspekt des independent advice beschränkt ist.

189 (1844) 49 E.R.R.C. 1180ff., bestätigt in (1846) 15 L.J. Ch. 211ff.

190 (1844) 49 E.R.R.C. 1180ff. (1183).

191 S. Fn. 190.

192 (1846) 15 L.J.Ch. 211ff. (212).

193 Spry, 168.

194 Chitty I Rdnr. 503.

195 S. Fn. 192, 211: "as the principle of general policy und vgl. oben im Text vor Fn. 192.

196 Bank of North South Wales v. Rogers (1941) 65 C.L.R. 42ff.

197 S. Fn. 196, 61.

198 Vgl. z.B. Turnbull & Co. v. Duval (1902) 87 L.T. 154ff.

199 Chitty I Rdnr. 509, 510.

200 Bank of Montreal v. Stuart (1910) 103 L.T. 641ff. (646); Mackenzie v. Royal Bank of Canada (1934) 151 L.T. 486ff. (488).

201 [1974] 3 All E.R. 757ff.

202 Paget, 501: "It may be that the decision is right; even so it might have been expressed in less incriminating terms."

203 S. Fn. 201, 765a-d.

204 S. Fn. 201, 769h-j.

205 S. Fn. 201, 772a-d.

206 N.L.J. Law Reports 1985, 254ff.

207 Lord Scarman, Fn. 206, 267.

208 S. Fn. 206, 267.

209 Bank of North South Wales v. Rogers (1941) 65 C.L.R. 42ff. (61).

210 Vgl. z.B. Sir Eric Sachs in Lloyds Bank v. Bundy [1974] 3 All E.R. 757ff. (770f-g).

211 Chitty I Rdnr. 511; Anson's 265.

212 S. Fn. 206, 267.

213 Hanbury and Maudsley, 703.

214 Lord Scarman, Fn. 206, 267.

215 [1972] 2 All E.R. 393ff.

216 S. Fn. 215, per Lord Simon of Glaisdale, 407b.

217 S. Fn. 215, per Lord Diplock, 401h.

218 Cheshire/Fifoot, 10.

219 Simpson, 307

220 Vgl. auch Lord Diplock, Fn. 215, 400g-h.

221 Rowlatt, 108.

222 Lord Chancellor Eldon in Wright v. Simpson (1802) 31 E.R.Ch. 1272ff. (1282).

223 Bullen/Leake/Jacobs, 461.

224 H.L.E. Vol. 20 Rdnr. 119 Fn. 3.

225 Lord Reid, Fn. 215, 398g-h.

226 Vgl. oben, 20.

227 Chitty I Rdnr. 753.

228 111 E.R.K.B. 292ff.

229 Lord Denman, Fn. 228, 296.

230 [1843-60] All E.R.Rep. 170ff.

231 Fn. 230, 173E.

232 S. Fn. 230; dieser Aspekt fand ausdrückliche Billigung durch das House of Lords, s. unten, Fn. 238, 165.

232a [1985] 2 All E.R. 344ff.

232b S. Fn. 232a, 354a.

233 [1918] L.T. 727ff.

234 S. Fn. 233, 729.

235 Eshelby v. Federated European Bank [1931] All E.R. Rep. 840ff.

236 S. Fn. 235, 846B.

237 S. Fn. 235, 846I.

238 [1936] A.C. 156ff.

239 S. Fn. 238, 165.

240 S. Fn. 238, 167.

241 [1973] 2 Lloyd's Rep. 437ff.

242 S. Fn. 241, 440.

243 H.L.E. Vol. 20 Rdnr. 159; Chitty II Rdnr. 4433; Rowlatt, 113ff.; s. auch E.F.P. Vol. 9 Rdnr. 29, wo Greer v. Kettle als Beispielsfall für eine condition precedent dargestellt ist, während Chitty II diese Entscheidung als Beispiel für eine conditional guarantee bringt.

244 Chitty II Rdnr. 4428, 4433.

245 Vgl. hierzu insbesondere das Urteil Lord Diplocks in United Dominions Trust (Commercials) Ltd. V. Eagle Aircraft [1968] 1 W.L.R. 74ff. (82ff.).

246 Vgl. z.B. oben Fn. 237.

247 S.C.P. Rdnr. 18/7/11.

248 Duncan, Fox & Co. v. North and South Wales Bank (1880) 6 App. Cas. 1ff. (13,15).

249 Dieser Verzicht auf eine vollständige Erfassung der involvierten Begriffe auf abstrakter Ebene erscheint mir für die Zwecke dieser Arbeit gerechtfertigt, da die prozessuale Situation Grundlage des englischen Rechts schlechthin ist, und eine Entwicklung abstrakter Denkkategorien, die in sich schlüssig sind, aber die prozessuale Situation außerachtlassen, kaum realisierbar ist.

250 "If the guarantor is liable on demand he cannot be sued until after demand has been made" per Lloyd J. in General Produce Co. v. United Bank Ltd. [1979] 2 Lloyd's Rep. 255ff. (259).

251 Vgl. O.20 r.1 (3) (b) R.S.C.; ursprünglich kam es wohl auf den Zeitpunkt der Ausfertigung des writ an, s.Charles J. in Eshelby v. Federated European Bank Ltd. [193][illegible] All E.R.Rep. 830ff. (844G-H).

252 Steyn, 90 (1974) L.Q.R. 246ff.

253 Chitty II Rdnr. 4426.

254 Vgl. oben Fn. 118.

255 Steyn a.a.O., 247.

256 Offord v. Davies [1861-73] All E.R.Rep. 868ff. (869H); durch diese Aussage wird auch deutlich, daß die Erbringung der consideration bei einen contract of suretyship die Qualität einer condition precedent hat.

257 (1888) 40 Ch. D. 325ff.

258 S. Fn. 257, 330.

258a H.L.E. Vol. 20 Rdnr. 250; Vgl. auch Chitty I Rdnr. 1964ff.

259 (1852) 118 E.R.K.B. 104ff.

260 S. Fn. 259, 107.

261 Vgl. H.L.E. Vol. 7 Rdnr. 705.

262 Smith/Keenan, 47; Palmer's Company Law Rdnr. 9-23.

263 H.L.E. Vol. 7 Rdnr. 701 Fn.1.

264 (1881) 19 Ch. D. 478ff.

265 (1882) 21 Ch. D. 309ff.

266 [1925] 1 Ch. 616ff. (624).

267 S. Fn. 266, 622.

268 S. Fn. 266, 622.

269 Vgl. hierzu unten 56ff.

270 Steyn a.a.O.,250.

271 So hat Cohn den Schutzzweck der ultra-vires-Regel in den Vordergrund gestellt, indem er argumentierte, daß hierdurch allein die Gesellschaft, nicht aber Dritte geschützt werden sollte. Vgl. 10 (1974) M.L.R. 40ff. (48/49); Pennington hat in seiner 2. Auflage des Company Law, 96, noch erklärt, dem surety sei wegen eines estoppel verwehrt, sich auf die Nichtigkeit der Hauptschuld zu berufen. Diese Ansicht hat er heute aufgegeben, vgl. 3. Auflage, 104.

272 Mitchell 63 (1947) L.Q.R. 355ff. (363).

273 Steyn a.a.O., 250/251.

274 (1912) 28 T.L.R. 239f.

275 Farwell L.J. Fn. 274, 239.

276 Warrington J. Fn. 274, 239/240.

277 Cohn 10 (1947) M.L.R. 40ff. (40); Steyn a.a.O. 251.

278 [1946] 2 All E.R. 207ff. (210D).

279 S. Fn. 278, 210H.

280 Cohn a.a.O., 41.

281 (109) 1 S.J. 471.

282 Vgl. Steyn a.a.O. 253 Fn. 33.

283 The Law Commission, Law of Contract, Minors' Contracts, 13, Rdnr. 4.14.

284 The Law Commission, Working Paper No. 81, Rdnr.11.13.

285 (1836) 6 E.R.H.L. 231ff.

286 S. Fn. 285, 234.

287 S. Fn. 285, 235.

288 143 E.R.C.P. 1253ff.

289 S. Fn. 288, 1255

290 [1916-17] All E.R.Rep. 1076ff; vgl. auch Brown v. Blaine (1884) 1 T.L.R. 158f.

291 So hat oben, Fn. 267, Lawrence L.J. erklärt, eine ultra-vires-Forderung könne nur "nicht durchgesetzt werden".

292 [1939] A.C. 601ff. (608/611).

293 Vgl. Chitty I Rdnr. 17.

294 Hier zeigt sich dann auch, daß eine ultra-vires-Forderung nicht lediglich unenforceable ist, denn während der Formmangel der guarantee nur auf Rüge beachtet wird, kann einer ultra-vires-Forderung auch nicht im Wege eines Anerkenntnisses zur Durchsetzbarkeit verholfen werden, vgl. H.L.E. Vol. 7 Rdnr. 706.

295 Rowlatt, 20; H.L.E. Vol. 20 Rdnr. 120.

296 [1931] All. E.R.Rep. 542ff.

297 Dieses Gesetz ist zur Zeit noch in Kraft; aber in Schedule 5 zu s. 192 (3) (b) Consumer Credit Act 1974 ist die Abschaffung des Moneylenders Act 1927 vorgesehen. Bis heute (1985) hat der Secretary of State von der ihm eingeräumten Befugnis, die Außerkraftsetzung zu vollziehen, keinen Gebrauch gemacht.

298 S. Fn. 296, 544F.

299 [1932] All E.R.Rep. 690ff.

300 S. Fn. 299, 695G.

301 [1974] 1 W.L.R. 837ff. (844F).

302 S. Fn. 299, 694C.

303 Halsbury's Statutes of England Vol. 27, 399.

304 Steyn a.a.O., 254.

305 Vgl. z.B. ss. 65 (1), 113 (2), 127 Consumer Credit Act 1974, wonach eine fehlerhaft ausgeführte Vereinbarung nur im Wege einer Anordnung des Gerichts durchgesetzt werden kann, und dies ausdrücklich auch für die hierfür bestellte Sicherheit gilt.

306 S. Fn. 272, 364.

307 [1881-5] All E.R.Rep. 921ff.

308 S. Fn. 307, 925B; bestätigt in Mahant Singh v. U Ba Yi [1939] A.C. 601ff. (609); vgl. im einzelnen noch unten.

309 Rowlatt, 193/194; Mitchell a.a.O., 367.

310 [1939] 2 All E.R. 869ff.

311 S. Fn. 310, 872C/D.

312 (1970) 92 W.N. (N.S.W.) 561ff.

313 So hat sich Chitty die wesentlichen Aspekte dieser Entscheidung zu eigen gemacht, Chitty II Rdnr. 4439, während noch in der 23. Auflage Wilson v. Mitchell als fragwürdig bezeichnet wurde; s. auch Rowlatt 103 Fn. 106 und Steyn a.a.O. 261ff.,der auf S. 264 ganz deutlich wird: "It is respectfully submitted, that this approach will commend itself zu English courts."

314 Baxt, Commercial Law Notes (1970) 44 A.L.J. 562f.

315 S. Fn. 312, 575B-C; die oben zitierte Entscheidung Wilson v. Mitchell betraf einen Fall von Ausgleich unter co-sureties und nicht das Verhältnis Gläubiger/surety.

316 S. Fn. 312, 588C-D.

317 S. Fn. 312, 569G/570E-G.

318 Williston, On Contracts, 3. Auflage, Vol. 10 Rdnr. 1251, 801, der in einer Ergänzungslieferung zu Rdnr. 1251 einen weiteren Fall zitiert, bei dem einem surety untersagt wurde, sich auf einen Vertragsbruch zu berufen, vgl. Hurst v. Stith Equipment Co. 210 SE2nd 851.

319 S. Fn. 312, 576B.

320 S.C.P. Rdnr. 16/1/14; Einzelheiten zum Rückgriffsanspruch s. unten.

321 Vgl. S.C.P. Rdnr. 15/6/8; Zur Abgrenzung von Third Party Proceeding vgl. Rdnr. 15/6/9.

322 H.L.E. Vol.20 Rdnr. 181.

323 H.L.E. Vol.42 Rdnr. 410; vgl. auch Chitty I Rdnr. 1665.

324 O. 18 r. 17 R.S.C.; H.L.E. Vol. 42 Rdnr. 425.

325 (1872) L.R.7 C.P. 372ff.

326 S. Fn. 325, 377, der dieses Ergebnis unter Berufung auf das römische Recht, Dig.Lib. XVI tit. II.4 rechtfertigt.

327 Z.B. Chitty II, 23. Auflage, Rdnr. 1686.

328 Chitty II Rdnr. 4439.

329 H.L.E. Vol. 20 Rdnr. 190.

330 A.a.O. , 261.

331 S. Fn. 312, 584F.

332 S. Fn. 325, 377.

333 Wie wichtig das consideration-Argument für Willes J. war zeigt sich daran, daß auf seinen Vorschlag das pleading des Beklagten um diesen Aspekt erweitert wurde, vgl. das der Entscheidung vorangestellte Protokoll der mündlichen Verhandlung, Fn. 325, 373, 375.

334 [1973] 1 Lloyd's Rep. 21ff. (25).

335 [1978] 2 Lloyd's Rep. 502ff.

336 S. Fn. 335, 508.

337 [1980] 1 W.L.R. 1129ff. (1137H/1138A,1144G,1152C).

338 Rowlatt, 104; Cellulose Products Pty. Ltd. v. Truda, Fn. 312; wohl auch Chitty II Rdnr. 4439.

339 Steyn a.a.O. , 256f.

340 Rowlatt, 124; s. auch H. L.E. Vol. 20 Rdnr. 248.

341 (1843) 6 Beav. 148ff.

342 Zum Begriff vgl. im Einzelnen noch unten.

343 The Times vom 20. Oktober 1975.

344 Rowlatt, 103 Fn. 16 a.E.

345 H.L.E. Vol. 9 Rdnr. 471.

346 Chitty II Rdnr. 4434; H.L.E. Vol. 20 Rdnr.236; Goode, Legal Problems, 62; Perry v. National Provincial Bank 1916 1 Ch. 464ff. (477/478); Jowitt v. Callaghan (1938) 38 S.R. (N.S.W.) 512ff. (518); Standard Chartered Bank v. Walker 1982 3 All E.R. 938ff. (943b).

347 S.oben 42ff.

348 [1972] 2 All E.R. 393ff. (399b-f).

349 S. oben Fn. 216.

350 H.L.E. Vol. 20 Rdnr. 162.

351 10 E.R.H.L. 87ff.

352 S. Fn. 351, 92.

353 30 E.R.Ch. 765ff.; s. auch Samuel v. Howarth (1817) 36 E.R.Ch. 105ff.; Hawkshaw v. Parkins [1814-23] All E.R.Rep. 268f. (269).

354 S. Fn. 353, 766/767.

355 Vgl. Rowlatt,167 Fn. 43; stellt man sich aber bei Zugrundelegung des Sachverhalts von Central London Property Trust Ltd. v. High Trees House Ltd. [1956] 1 All E.R. 256ff. vor, ein surety für den Mietzins wäre auf die Differenz zwischen vereinbartem und dann zeitweise nachgelassenem Mietzins in Anspruch genommen worden, so meine ich, daß auch der surety hierfür nicht hätte in Haftung genommen werden können. Rechtfertigen läßt sich dies am sinnvollsten mit dem Argument, daß durch das Verhalten des Gläubigers die Hauptschuld pro tanto reduziert worden war, vgl. oben, 64 und Chitty II Rdnr. 4435 Fn. 73.

356 Polak v. Everett [1874-80] All E.R.Rep. 991ff. (993B/C).

357 Chitty II Rdnr. 4444.

358 L.R. 6 Q.B. 790ff. (795).

359 Williams, Joint Obligations, 123.

360 [1874-80] All E.R.Rep. 1269ff. (1272F).

361 Nach einem Statement des Lord Chancellors vonEngland kann das House of Lords nunmehr von seinen eigenen Entscheidungen abweichen, vgl. [1966] 3 All E.R. 77.

362 Chitty II Rdnr. 4447; Rowlatt, 162; H.L.E. Vol. 20 Rdnr. 261 Fn. 3; Encyclopaedia of Banking Law, Vol. 1 Rdnr. 2014.

363 Perry v. National Provincial Bank [1910] 1 Ch. 464ff. (471).

364 L.R. 7 C.P. 9ff. (14/15); vgl. auch Kearsley v. Cole (1846) 153 E.R.Ex. 1128ff. (1131); Wyke v. Rogers (1852) 21 L.J.Ch. 611ff. (613); Mahant Singh v. U Ba Yi [1939] A.C. 601ff. (607).

365 Bailey v. Edwards (1864) 122 E.R.K.B. 645ff. (651).

366 Re a Debtor [1911-13] All E.R.Rep. 659f. (660D).

367 Vgl. H.L.E. Vol. 26 Rdnr. 551.

368 (1877) Q.B.D. 495ff.

369 S. Fn. 368, 505/506.

370 S. Fn. 368, 508/509.

371 Bolton v. Salmon [1891] 2 Ch. 48ff. (54).

372 10 Exch. 675ff.

373 L.R. 8 Exch. 73ff.

374 108 E.R.K.B. 101ff.

375 Vgl. hierzu die dissentin opinion von Littledale J., der bei Fn. 374, 106 eine pro-rata Verringerung der Hauptschuld befürwortet.

376 [1918] A.C. 903ff. (909).

377 Encyclopaedia of Banking Law Rdnr. 2056.

378 [198] 1 W.L.R. 805ff. (809C).

379 [1964] 1 W.L.R. 1361ff.

380 Bateson v. Gosling (1871) L.R. 7 C.P. 9ff. (14).

381 Rowlatt, 171.

382 Cragoe v. Jones (1873) L.R. 8 Ex. 81ff. (84); Cole v. Lynn [1942] 3 All E.R. 502ff.(504E).

383 Zum Begriff der novation im Einzelnen noch unten.

384 [1893] A.C. 313ff.

385 S. Fn. 384, 316.

386 [1919] L.T. 727ff.

387 S.Fn. 386, 729/730.

388 S.Fn, 386, 733.

389 [1972] 2 All E.R. 393ff.

390 S. Fn. 389, 407c.

391 S. Fn. 389, 402j per Lord Diplock.

392 Dering v. Earl of Winchelsa [1775-1802] All E.R.Rep. 140ff.

393 [1881-5] All E.R.Rep. 921ff.

394 Sofern eine Vereinbarung über die Mitverpflichtung eines co-surety besteht, meine ich, daß diese Frage systematisch richtiger unter dem Stichwort condition precedent to the liability of surety abgehandelt werden muß und nicht wie bei Rowlatt, 180ff. in Zusammenhang mit dem Verlust von Sicherungsrechten.

395 S. Fn. 393, 924B-C.

396 [1929] 1 Ch. 14ff.

397 S. Fn. 396, 23.

398 (1880) 5 Q.B.D. 422ff.

399 Die Technik der implied terms wird angewandt, wenn ein Vertrag zu bestimmten Fragen keine Vereinbarung enthält, eine Regelung aber erforderlich ist, um das Vertragsverhältnis wirtschaftlich sinnvoll zu gestalten. Eine solche Ergänzung muß notwendig sein und dem hypothetischen Parteiwillen entsprechen, vgl. z.B. Re Andrabell Ltd. [1984] 3 All E.R. 407ff.(411c,416d).

400 S. Fn. 398, 425 per Baggally L.J.

401 (1886) 11 App.Cas. 596ff. (602).

402 Chitty II Rdnr. 4452.

403 Pearl v. Deacon (1857) 53 E.R.R.C. 328ff. (330); Forbes v. Jackson [1881-5] All E.R.Rep. 863ff.

404 (1883) 8 App. Cas. 755ff.

405 S. Fn. 404, 766.

406 (1858) 141 E.R.C.P. 183ff.

407 (1872) 27 L.T. 118ff.

408 Chitty II Rdnr. 4453; Rowlatt 186f.

409 (1978) 122 S.J. 472.

410 [1981] 3 All. E.R. 705ff.

411 [1982] 3 All. E.R. 938ff. (943c,d; 945c).

412 Vgl. O. 14 R.S.C.; Nach dem Berufungsurteil einigten sich die Parteien, die Vollstreckung des erstinstanzlichen Urteils solange auszusetzen, bis die sureties eine Entscheidung über ihre Widerklage gegen die Bank erwirkt hatten, vgl. [1982] Comm. L.R. 233ff. (235).

413 S. Fn. 411, 942c, j.

414 Vgl. Chitty II Rdnr. 4454.

415 S. Fn. 414, 943b-c; vgl. auch Rowlatt,187.

416 H.L.E. Vol. 20 Rdnr. 186.

417 30 E.R.Ch. 765ff. (767).

418 [1775-1802] All E.R.Rep. 257ff. (264E).

419 Rowlatt,132; H.L.E. Vol. 20 Rdnr. 186 Fn. 1 a.E.

420 Rowlatt, 132.

421 [1803-13] All E.R.Rep. 181ff.

422 S. Fn. 421, 185G.

423 [1891-4] All E.R.Rep. 740ff.

424 S. Fn. 423, 747I/748A.

425 A.A.wohl Steyn a.a.O., 257 Fn. 47.

426 Williams, Joint Obligations, 124.

427 Chitty II Rdnr. 4433; H.L.E. Vol. 20 Rdnr 159; Steyn a.a.O. 257 Fn. 47.

428 Early Register of Writs, 77 No. 144.

429 The New Natura Brevium, Vol. 1, 137.

430 McKecknie, Magna Carta, 222.

431 H.L.E. Vol. 9 Rdnr. 601, Vol. 26 Rdnr. 551; s. oben 71/72.

432 Diese Auskunft erhielt ich von Mr. Gabriel Moss, Mitherausgeber von Rowlatt on Principal and Surety. Zu diesem Problemkreis insgesamt habe ich mit Lord Denning korrespondiert, der die von mir vertretende Auffassung in vollem Umfang gebilligt hat.

433 Rowlatt, 131, 145; H.L.E. Vol. 20 Rdnr. 193; Chitty II Rdnr. 4463.

434 [1803-13] All E.R.Rep. 181ff.

435 S. Fn. 434, 1841.

436 Duncan, Fox & Co. v. North and South Wales Bank (1880) 6 App. Cas. 1ff. (12) per Lord Selbourne L.C.

437 S. Fn. 434, 182G-H.

438 So Goff/Jones, 380 Fn. 31a.

439 Pearl v. Deacon (1857) 53 E.R.R.C. 328ff.; Forbes v. Jackson [1881-5] All E.R.Rep. 863ff.

440 H.L.E. Vol. 20 Rdnr. 201; Rowlatt,151.

441 Goff/Jones, 375 Fn. 1: "Subrogation is a right, not a remedy."

442 Vgl. Chitty II Rdnr.4455 Fn. 86; H.L.E. Vol. 25 Rdnr. 527.

443 Goode, Legal Problems, 66.

444 Re Lord Churchill (1888) 39 Ch. D. 174ff. (176).

445 Chatterton v. Maclean [1951] 1 All E.R. 761ff. (766D-E).

446 [1974] 1 W.L.R. 909ff.

447 So z.B. Ulster Bank Ltd. v. Lambe [1966] N.I. 161ff. (169).

448 Chitty II Rdnr. 4455; Rowlatt, 134; Goode, Legal Problems, 64ff.

449 H.LE. Vol. 20 Rdnr. 202.

450 Greene L.J. in Re a Debtor (No. 627 of 1936) [1937] 1 All E.R. 1ff. (7H/8A).

451 Pearson J. in Anson v. Anson [1953] 1 All E.R. 867ff. (869G-H).

452 149 E.R.Ex. 828ff.; Argo Caibbean Group Ltd. v. Lewis [1976] 2 Lloyd's Rep. 289ff. (296).

453 150 E.R.Ex. 537ff.

454 [1937] 3 All E.R. 530ff.

455 S. Fn. 454, 532A-E.

456 [1976] 2 Lloyd's Rep. 289ff.

457 S. Fn. 456, 295.

458 [1922] 1 I.R. 81ff.

459 H.L.E. Vol. 20 Rdnr. 213; Chitty II Rdnr. 4455.

460 S. Fn. 456, 296.

461 Vgl. oben 59f.

462 So hat das Gericht in Alexander v. Vane den klagenden surety als "in point of honour" gebunden angesehen, vgl. hierzu Stoljar, The Law of Quasi-contract, 137.

463 Rowlatt, 140.

464 Chitty II Rdnr. 4455, 4404.

465 Rowlatt, 134.

466 Vgl. hierzu Goff/Jones 3ff.

467 [1861-73] All E.R.Rep. 135ff.

468 S. Fn. 467, 138A.

469 Die unterschiedlichen Positionen zu dieser noch nicht endgültig geklärten Grundfrage des englischen Bereicherungsrechts zwischen Traditionalisten und Modernisten beschreibt Martinek RabelsZ 47 (1983), 284ff. (305ff.).

470 [1936] 3 All E.R. 696ff.

471 S. Fn. 470, 707.

472 "The liability of the plaintiffs as warehousemen was analogous to that of a surety", s. Fn. 470, 707.

473 S. Fn. 470, 707.

474 [1975] 2 All E.R. 129ff.

475 S. Fn. 474, 135h.

476 S. Fn. 474, 131f-g.

477 Samuel 91 (1975) L.Q.R. 308ff. (310).

478 38 (1975) M.L.R. 563ff. (565).

479 Chitty I Rdnr. 2012 Fn. 52.

480 Vgl. hierzu oben, 85.

481 Birks/Beatson 92 (1976) L.Q.R. 183ff. (210f.)

482 Goff/Jones, 221f.

483 Rowlatt, 136; Chitty II Rdnr. 4457; H.L.E. Vol. 20 Rdnr. 206.

484 S.C.P. Vol. 2 Rdnr. 3380.

485 H.L.E. Vol. 16 Rdnr. 1277.

486 [1908-10] All E.R.Rep. 510ff.

487 S. Fn. 486, 512C.

488 Watt v. Mortlock [1963] 1 All E.R. 388ff. (390B-C).

489 [1972] 1 All E.R. 1176ff.

490 S. Fn. 489, 1182g.

491 S. Fn. 489, 1182g-f.

492 [1927] All E.R.Rep. 143ff.

493 S. Fn. 492, 147I/148A per Lord Hanworth M.R.

494 H.L.E. Vol. 20 Rdnr. 206, 316.

495 Felton v. Callis [1968] 3 W.L.R. 951ff.; bestätigt in Lipkin Gorman (a firm) v. Cass, The Times vom 29. Mai 1985.

496 Vgl. z.B. Langan/Henderson, 280 mit Rechtsprechungsnachweis.

497 Chitty II Rdnr. 4457.

498 Chitty II Rdnr. 4405; H.L.E. Vol. 20 Rdnr. 305; E.F.P. Vol. 9, 751 Rdnr. 751.

499 Chitty II Rdnr. 4406; Encyclopaedia of Banking Law, Rdnr. 2001.

500 Yeoman Credit Ltd. v. Latter [1961] All E.R. 294ff. (296E) per Holroyd Pearce L.J.

501 (1704) 91 E.R.K.B. 27.

502 (1874) L.R. 7 H.L. 17ff.

503 Vgl. oben, 26f.

504 [1894] 2 Q.B. 885ff. (896).

505 S. Fn. 500, 299H per Harman L.J.; vgl, auch Furmston 24 (1961) M.L.R. 644ff. (647).

506 S. Fn. 504, 892.

507 [1902] 1 K.B. 778ff. (789).

508 S. oben, 52, 53.

509 (1912) 28 T.L.R. 239f.

510 [1946] 1 All E.R. 207ff.

511 The Law Commission, Working Paper No. 81 Rdnr. 11.12.

512 S. Fn. 500, 296ff., und auch 300G.: "I find it unnecessary to enter on the vexed question whether the decision of Oliver J., which applies only to a guarantee properly so called, was right" , per Holroyd J.

513 [1971] 1 W.L.R. 497ff.

514 S. Fn. 513, 506E.

515 Chitty II Rdnr. 4415; Furmston , Fn. 505, 647/648; vgl. aber die Zweifel von Davies L.J. in Yeoman Credit Ltd. v. Latter, Fn. 500, 301B.

516 Cheshire/Fifoot, 392 Fn. 15.

517 S. Fn. 514, 503E.

518 Vgl. Rowlatt, 7/8.

519 Vgl. in einem etwas anderen Zusammenhang Goode, The Consumer Credit Act 1974, 273 Rdnr. 802.

520 Hierzu allgemein Chitty I Rdnr. 381.

521 So ausdrücklich Lord Denning M.R. in Goulston Discount Co. Ltd. v. Clark [1963] All E. R. 61ff. (631).

522 [1963] 2 All E.R. 270ff.

523 Lord Denning M.R. Fn. 522, 273B/E.

524 Per Lord Denning M.R. Fn. 521, 631.

525 [1967] 2 All E.R. 810ff.

526 S. Fn. 525, 811E.

527 S. Fn. 525, 812B-C.

528 S. Fn. 525, 812A.

529 " ...a failure of consideration releases the parties from further perfomance of the contract" per Sir Richard Collins M.R. in Chandler v. Webster [1904] , zitiert von Viscount Simon in Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd. [1942] 2 All E.R. 122ff. (128C), eine Entscheidung, die Chandler v. Webster zwar korrigierte, jedoch nicht in diesem Punkt.

530 S. Fn. 519.

531 H.L.E. Vol. 22 Rdnr. 236 Fn. 3.

532 Chitty II Rdnr. 4456 a.E.; E.F.P., 775 Rdnr. 51.

533 H.L.E. Vol. 25 Rdnr. 523.

534 Chitty II Rdnr. 4456.

535 Vgl. hierzu oben 90f.

536 Goode, Commercial Law, 697; E.B.L. Rdnr. 501; daneben existieren Varianten, die anderen Sicherungszwecken dienen, die aber strukturell gleich sind, vgl. Encyclopaedia of Banking Law, Rdnr. 502.

537 Rowlatt,233.

538 Goode Commercial Law, 697, 876/877 verwendet den Begriff "pseudo guarantee"; vgl. auch die dicta von Lord Denning M.R. "these performance guarantees are virtually promissory notes payable on demand" und Geoffrey Lane L.J. "Although this agreement is expressed to be a guarantee, it is in truth no such contract. It has much more of the characteristics of a promissory note than the characteristics of a guarantee" in Edward Owen Engineering Ltd. v. Barclays Bank International Ltd. [1978] 1 All E.R. 976ff. (983a, 986e).

539 Encyclopaedia of Banking Law Rdnr. 503.

540 Encyclopaedia of Banking Law Rdnr. 519.

541 H.L.E. Vol. 9 Rdnr 580; Chitty I Rdnr. 1315; Cheshire/Fifoot, 468.

542 [1881-5] All E.R.Rep. 651ff. (655C).

543 Per Scrutton L.J. in Bradford Old Bank v. Sutcliffe [1918] 119 L.T. 727ff. (732); H.L.E. Vol. 9 Rdnr. 584; Chitty I Rdnr. 1315.

544 "Animus novandi" per Scrutton L.J. bei Fn. 543, 733; H.L.E. Vol. 9 Rdnr. 584 a.E.

545 H.L.E. Vol. 9 Rdnr. 583.

546 Treitel, 520.

547 Goodman v. Chase (1818) 106 E.R.K.B. 110ff. per Lord Ellenborough C.J.; Browning v. Stallard (1814) 128 E.R.C.P. 764.

548 Treitel, 520.

549 Salmond, 448.

550 H.L.E. Vol. 9 Rdnr 616; Chitty I Rdnr 1201.

551 Auf diesen Aspekt weisen nur H.L.E. Vol. 9 Rdnr. 616 hin.

552 Williams, Joint Obligaions, 51/52, 60; H.L.E. Vol. 9 Rdnr. 617.

553 Ansonsten ergeben sich abhängig von der Qualifikation als joint oder joint and several obligation Besonderheiten, die hier nicht weiter vertieft werden sollen. Erwähnt sei die doctrine of survivorship, die besagt, daß bei einer joint obligation der Tod eines joint debtor zu seiner Befreiung führt, seine Haftung also nicht auf den Nachlaß übergeht, vgl. Williams,63/64.

554 S. oben, 7f.

555 7 L.T. (O.S.) 118.

556 S. oben, 15f.

557 S. oben, 15.

FUSSNOTEN TEIL C

1 H.L.E. Vol. 8 Rdnr. 401; Morris, 3; Cheshire/North, 3ff.

2 Im Rahmen der zweiten Pflichtwahlstation als Rechtsreferendar am Landgericht Stuttgart, die ich bei einer Anwaltsfirma in der City of London absolvierte, wurde ich mit verschiedenen Fällen vertraut, in denen zum Teil ausdrücklich durch Parteivereinbarung die Anwendung deutschen Rechts gewollt war. Da die deutsche Regelung, was die Erstattung von vorprozessualen Anwaltskosten als Verzugsschaden anlangt, großzügiger ist, als die entsprechenden englischen Regeln, läge es an sich nahe, deutsches Recht vorzutragen, um es auf den Sachverhalt anzuwenden. Dennoch wurde insbesondere aus Kosten- und Zeitgründen darauf verzichtet, überhaupt die Anwendung deutschen Rechts vorzutragen. Das Weniger, das dabei als Verzugsschaden für einen Kläger herauskommt, wird durch die, jedenfalls in Bezug auf Deutschland, wesentlich höheren Prozeßzinsen in England ausgeglichen.

3 Ganz allgemeine Meinung, H.L.E. Vol. 8 Rdnr. 794; Cheshire/North, 125ff.; Morris, 37ff.; Dicey/Morris rule 210.

4 [1932] All E.R.Rep. 571ff.

5 Per Lord Wright, Fn. 4, 576I.

6 Cheshire/North, 129.

7 H.L.E. Vol. 17 Rdnr. 93.

8 Dicey/Morris, 1208/1209.

9 Cairns J. in Parkasho v. Singh [1967] 1 All E.R. 737ff. (746G).

10 Wolff, 217.

11 Gleiches gilt im Verfahren vor dem County Court, vgl. s. 97 County Courts Act 1959.

12 Es muß jedoch eingeräumt werden, daß heute in nahezu allen Zivilsachen der Richter ohne Jury entscheidet, H.L.E. Vol. 17 Rdnr.20.

13 [1924] All E.R.Rep. 381ff.

14 Hierbei darf jedoch nicht übersehen werden, daß das House of Lords nicht an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanzen gebunden ist, Wolff, 224; Curti, 153.

15 Per Atkin L.J. in The Colorado [1923] All E.R.Rep. 531ff. (536E).

16 Vgl. zu diesem Aspekt Rabel, Vol. 4, 493.

17 Wolff, 223; Dicey/Morris, 1216.

18 Hierauf hat schon Kales, Harv. L.R. (1905-06) 401ff. (412/413,417) hingewiesen, der diese Methode allerdings kritisiert, da hierdurch ohne billigenswerte Gründe die Beweislast auf eine Partei abgewälzt werden könne, die normalerweise nichts zu beweisen hätte. Seine Kritik überzeugt jedoch nicht, wenn man den von ihm gebildeten Beispielsfall näher untersucht. So ist es nicht nachvollziehbar, wenn der Kläger einer guarantee, die chilenischem Recht unterliegt, die Beweislast dafür tragen soll, daß sich der surety nach chilenischem Recht nicht auf ein Freiwerden wegen Stundung der Hauptforderung berufen kann, eine Verteidigung, die das amerikanische Forum bereithält. Wenn die kollisionsrechtliche Entscheidung über die Anwendung chilenischen Rechts aber einmal gefallen ist,

noch 18 und der Kläger seinen Anspruch durch den Vortrag chilenischen Rechts begründet und den Inhalt des chilenischen Rechts bewiesen hat, so muß dem Beklagten jede Berufung auf die lex fori verwehrt sein.

19 Rabel Vol. 4, 495/496.

20 Zu Fragen der Qualifikation (classification oder besser characterisation s. Morris, 481 Fn. 2) Graveson, 400.

21 H.L.E. Vol. 8 Rdnr. 583; Chitty I Rdnr. 2072; Morris, 265.

22 [1937] 2 All E.R., 164ff.

23 S. Fn. 22, 166C-D.

24 Vgl. unter Berufung auf Lord Wright, Morris, 268 Fn. 14 und Chitty I Rdnr. 2072 Fn. 5.

25 H.L.E. Vol. 17 Rdnr. 28.

26 [1558-1774] All E.R.Rep. 177ff. (179C).

27 [1939] 1 All E.R. 513ff.

28 Per Lord Wright, Fn. 27, 521D-E,F.

29 Wolff, 416, 419.

30 Cheshire/North, 201.

31 S. Fn. 27, 591H; zu einer vehementen Kritik hieran vgl. Morris/Cheshire 56 (1940) L.Q.R. 320ff. (332): "These arguments are so week as scarely be worth the trouble of refuting."

32 Morris, 273; H.L.E. Vol. 8 Rdnr. 584; Chitty I Rdnr. 2075; Dicey/Morris 755.

33 [1949] 1 All E.R. 146ff.

34 S. Fn. 33, 152H/153A.

35 [1958] 1 All E.R.333ff.

36 S. Fn. 35, 335I.

37 [1968] 1 All E.R. 949ff.

38 S. Fn. 37, 951I/952A.

39 S. Fn. 37, 954F-G.

40 Per Lord Diplock in Amin Rasheed Shipping Co. v. Kuwait Insurance Co. [1983] 2 All E.R. 884ff. (888f).

41 Dicey/Morris, 23.

42 Dicey/Morris, 756/757.

43 Dicey/Morris, 756; Chitty I Rdnr. 2074; allerdings weist Graveson, 411, 412, darauf hin, daß es in England keine Theorie der Gesetzesumgehung gibt.

44 Wolff, 419.

45 Dicey/Morris, 273/274; Chitty I Rdnr. 2075.

46 Per Lord Reid in James Miller and Partners v. Withworth Street Estates (Manchester) Ltd. [1970] 1 All E.R. 796ff. (798e).

47 Chitty I Rdnr. 2076; H.L.E. Vol. 8 Rdnr. 585.

48 Per Lord Morris of Borth-y-Gest in Companie d'Armement Maritime S.A. v. Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. 1970 3 All E.R. 71ff (77g,j,78g); in der Entscheidung des Court of Appeal hatte Lord Denning M.R. noch die Ansicht vertreten, eine ausdrückliche Gerichtsstandsvereinbarung sei eine stillschweigende Rechtswahl, vgl. Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. v. Compagnie d'Armement Maritime S.A. 1969 3 All E.R. 589ff. (591G).

49 Vgl. hierzu die umfangreichen Entscheidungshinweise bei H.L.E. Vol. 8 Rdnr. 585 und Chitty I Rdnr. 2076; Cheshire/North, 203ff.; Dicey/Morris,761ff.

50 Per Lord Reid bei Fn. 46, 798d.

51 Der Theorienstreit zwischen subjektiver und objektiver Anknüpfung des Schuldstatuts, vgl. hierzu Morris, 269, scheint in Anbetracht der nachfolgenden Darstellung einiger relevanter Entscheidungen zugunsten der objektiven Theorie entschieden. Von den Kritikern der subjektiven Theorie überzeugen insbesondere Cheshire/North, 207, die die vom Richter abverlangte Entscheidung über einen gemeinsamen hypothetischen Parteiwillen in Anbetracht des Streites der Parteien über das anwendbare Recht schlicht für einen Mythos halten; s. aber auch Wolff, 429, der den Wert eines subjektiven Ansatzes darin erblickt, daß der Richter hierdurch gezwungen wird, sich in die Lage der Parteien hineinzudenken. Aber auch die unten noch zu besprechende Rechtslage beim renvoi im Schuldstatut läßt sich auf dem Hintergrund eines eher subjektivistischen Ansatzes leichter nachvollziehen.

52 Per Lord Reid bei Fn. 46 799b-d; s. auch Lord Morris of Borth-y-Gest in Compagnie d'Armement Maritime S.A. v. Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. 1970 3 All E.R. 71ff. (77f); Lord Diplock bei Fn 40, 888e.

53 Morris, 270.

54 Lord Denning M.R. in Coast Lines Ltd. v.Huding & Veder Chartering NV [1972] 1 All E.R. 451ff. (455g).

55 Lord Wilberforce bei Fn. 40, 893j; "some overlap", Morris,270.

56 Cheshire/North, 211.

57 Per Megaw L.J. Fn. 54, 458h.

58 H.L.E. Vol.8 Rdnr. 587.

59 Der englische Text ist abgedruckt bei North, Contract Conflicts, Appendix A, 347; s. auch ABl. (EG) 1980 Nr. L 266/1; dieses Übereinkommen ist bisher von 9 Mitgliedern der EG unterzeichnet worden, aber noch nicht in Kraft. Hierfür ist eine Ratifizierung durch sieben Mitgliedsstaaten erforderlich. Solange noch keine Entscheidung darüber getroffen ist, ob der Europäische Gerichtshof diese Konvention auslegen darf, ist eine Ratifikation nicht zu erwarten, Morris, 465 Fn. 20.

60 Vgl. hierzu den Bericht von Giuliano/Lagarde, Art. 4, 3; die englische Fassung findet sich bei North, Contract Conflicts, Appendix B, 355; s. auch ABl. (EG) 1980 Nr. C, 282/1.

61 Guiliano/Lagarde, Art. 4, 7.

62 Lord Wilberforce, Fn. 40, 894a.

63 Dieser Grundsatz ist bisher noch nicht ausdrücklich durch eine Gerichtsentscheidung bestätigt worden, wird aber von der ganzen Literatur vertreten, H.L.E. Vol. 8 Rdnr. 595; Chitty I Rdnr. 2085; Cheshire/North, 216; Dicey/Morris, 775ff.; Wolff, 439f.; Morris, 282ff.

64 " ...including the rules of the conflict of law," Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd. [1939] 1 All E.R. 513ff. (527A).

65 Re United Railways of the Havana and Regla Warehouses Ltd. [1959] 1 All E.R. 214ff. (236I, 246I); in diesem Punkt bestätigt vom House of Lords [1960] 2 All E.R. 332ff. und ganz herrschende Meinung, H.L.E. Vol. 8 Rdnr. 593; Chitty I Rdnr. 2082; Morris, 270; Dicey/Morris, 750; Cheshire/North, 198.

66 Cheshire/Morris 56 (1940) L.Q.R. 320ff. (333/334).

67 Singleton L.J. in The Assunzione [1954] 1 All E.R. 278ff. (292A); vgl. auch Lord Wright in Mount Albert Borough Council v. Australasian Temperance and General Mutual Life Assurance Society Ltd. [1937] 4 All E.R. 206ff. (214H).

68 Vgl. auch Art. 15 EG-Übereinkommen.

69 Vgl. nur Rowlatt, 46; Wolff, 459; Encyclopaedia of Banking Law, Vol. 1, Rdnr. 517 für first demand bonds.

70 Z.B. in Amalgamated Investment & Pty. Co. Ltd. v. Texas Commerce International Bank Ltd. [1981] 3 W.L.R. 565ff. (571F): "This guarantee is to be governed by and construed according to English Law and the guarantor submit (s) to the jurisdiction of the English courts."

71 [1874-80] All E.R. Rep. 501ff.

72 S. Fn. 71, 505B.

73 S. Fn. 71, 505F-G.

74 Rowlatt, 47.

75 Wolff, 459.

76 Diesen Aspekt betont Cockburn C.J. bei Fn. 71, 505I.

77 [1978] 1 All E.R. 976ff.

78 S. Fn.77, 985d.

79 [1977] 1 W.L.R. 399ff.

80 Hierbei handelt es sich im Grundsatz um die Verpflichtung einer Bank, Zahlungen zugunsten des Begünstigten zu erbringen, wenn die in dem letter of credit genannten Voraussetzungen erfüllt sind, vgl. H.L.E. Vol. 3 Rdnr. 131.

81 Vgl. Lord Denning M.R. Fn. 77, 981e.

82 Per Ackner J. Fn. 79, 401D-E.

83 S. Fn. 79, 401H.

84 [1981] 1 W.L.R. 1233ff.

85 S. Fn. 84, 1240F.

86 Morris, 300; North, Contract Conflicts, 23.

87 Vgl. Lord Denning bei Fn. 84, 1242C.

88 S. auch Mann 32 (1983) I.C.L.Q. 265f. (266), der befürchtet, daß Großbritannien zugunsten einiger Mitgliedsländer, die ihr Recht durch das EG-Übereinkommen verbessern, eines seiner am besten entwickelten Rechtsgebiete opfert; s.aber Art.4 Abs.5 EG-Übereinkommen, der dem Richter weiterhin eine Gesamtschau abverlangt.

89 Morris, 489 Fn. 2.

90 Wolff, 207f.

91 Wolff, 208.

92 Morris, 491, 492.

93 An dieser Stelle wird deutlich, daß die Wechselwirkung von internationaler Entscheidungsharmonie und nationaler Entscheidungsharmonie als Argument für die eine oder die andere Anknüpfung wenig ergiebig ist. Erwirkt nämlich C einen Titel gegen S in Italien und will diesen dann in England vollstrecken, so steht der Anerkennung dieses Urteils in England nichts im Wege. Umgekehrt müßten auch die italienischen Gerichte eine rechtskräftige Abweisung der Klage gegen D in England im Prozeß gegen S in Italien anerkennen. Dies zeigt, daß mit prozeßtaktischen Überlegungen jedes der beiden Ziele unterlaufen werden kann.

94 Dicey/Morris, 921.

95 Dicey/Morris, 924/925; Gutteridge/Lipstein 7 (1939-1941) Camb.L.J. 80ff. (92/93).

96 Dicey/Morris, 925.

97 Rowlatt, 134; vgl. oben 86ff.

98 Ganz deutlich bei Cheshire/North, 541, 548/549.

99 Wolff, 545.

100 Giugliano/Lagarde zu Art. 13, 2.

101 Dicey/Morris, r. 81 und r. 82; Cheshire/North, 543; Morris, 295ff.; Chitty I Rdnr. 2095; H.L.E. Vol.8 Rdnr. 662, wo diese Ansicht unter Hinweis auf verschiedene ältere Gerichtsentscheidungen, die an formalen Gesichtspunkten, wie dem Ort der Zession oder dem Recht am Sitz des Zessionars anknüpfen, nur einschränkend vertreten wird.

102 Graveson, 481.

103 Cheshire/North, 691; Dicey/Morris, r.209; H.L.E. Vol. 8 Rdnr. 769.

104 Cheshire/North, 701.

105 Dicey/Morris, 1191.

106 H.L.E. Vol. 8 Rdnr. 772.

107 Es fehlt zwar an einer bindenden Entscheidung, jedoch wird dieser Grundsatz von allen führenden Lehrbüchern postuliert, Cheshire/North, 219ff.; Dicey/Morris, r. 148; Chitty I Rdnr. 2089; H.L.E. Vol. 8 Rdnr. 600.

108 Vgl. hierzu schon oben, 21f.

109 (1852) 138 E.R.C.P. 1119ff.

110 Dieser Teil von s. 4 Statute of Frauds 1677 ist heute nicht mehr in Kraft, vgl. s. 1 The Law Reform (Enforcement of Contracts) Act 1954.

111 S. Fn. 109, 1130.

112 Cheshire/North, 692.

113 Lorenzen 32 (1922-23) Y.L.J. 311ff. (332).

114 Dicey/Morris, 1184/1185; s. aber Leroux v. Brown (1852), wo ein ausländisches Element gegenwärtig war.

115 Chitty I Rdnr. 2090.

116 H.L.E. Vol. 8 Rdnr. 775.

117 Jedenfalls insoweit, als die Verjährung nicht ein Erlöschen der Forderung bewirkt, sondern lediglich ihre Durchsetzung hindert, vgl. H.L.E. Vol. 8 Rdnr. 785; Dicey/Morris, 1179f.; Cheshire/North, 695f.

118 Per Maule J. bei Fn. 109, 1130; s. auch Lorenzen bei Fn. 113, 331.

119 Vgl. hierzu umfassend und zustimmend, wenn auch, was die Regelung von Details angeht, kritisch, Carter, 101 (1985) L.Q.R. 68ff.

120 Nachzulesen bei Morris, 454.

121 Rabel 63 (1947) L.Q.R. 174ff. (174, 181/182); s. auch die schon oben, 21, ausgemachte Änderung in der gerichtlichen Beurteilung eines Formverstoßes.

122 So z.B. Paget's Law of Banking, 498.

123 Carter bei Fn. 119, 69.

124 [1959] 1 All E.R. 214ff. teilweise, ohne Beanstandung dieses punktes, bestätigt vom House of Lords [1960] 2 All E.R. 332ff.

125 S. Fn. 124, 233G.

126 Cheshire/North, 247; Chitty I Rdnr. 2096.

127 Wolff, 458.

128 Dicey/Morris, 824.

129 Ein Versuch, die Anknüpfungspunkte inhaltlich näher zu bestimmen wird mit der unten dargestellten Risikotheorie unternommen , 155ff.

130 Wolff, 459.

FUSSNOTEN TEIL D

1 Mot. II, 658.

2 Staudinger-Horn Vorbem. zu §§ 765-778 Rdnr. 73,74.

3 Vgl. umfassend Reichel, 7 ff.(10); zuletzt BGH WM 1976, 1109.

4 Staudinger-Horn Vorbem. § § 765-778 Rdnr. 99.

5 Mü-Ko-Möschel, Vor. § 414 Rdnr. 1,2.

6 Palandt-Heinrichs, § 305 Anm. 4.

7 Vgl. Mot. II, 143, wonach die Schaffung des Instituts der Schuldübernahme die Novation für den Bereich eines Wechsels in der Person des Schuldners ersetzen sollte.

8 Nörr/Scheying, 252.

9 Becker, Gegenopfer und Opferverwehrung, 350, der eine völlige Angleichung von consideration und causa glaubt nachweisen zu können.

10 Jahr AcP 168 (1968), 15.

11 BGH LM Nr.29 zu § 125 BGB.

12 Dies übersieht Wolff SJZ 1946, 133 ff. (135), wenn er von Nichtigkeit bei einem Formverstoß gegen das Statute of Frauds 1677 spricht.

13 Mot. II, 659/660.

14 Jakobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse III, 464.

15 So erwartet der Rechtsverkehr, daß ein Kaufmann nicht übereilt handelt und in der Lage ist, seine Interessen genügend zu wahren, vgl. Heck AcP 92 (1902), 438 ff. (443).

16 Cheshire/Fifoot, 9;175.

17 BGH MDR 1955, 283 ff. (284); Re Salisbury-Jones [1938] 3 All E.R. 459 ff.

18 Jakobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse II, 349, 350, 352/353.

19 Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Band IV, 54/55.

20 Mü-Ko-Kollhosser, § 516 Rdnr. 7; vgl. auch Brox, Allgemeines Schuldrecht, Rdnr. 412, der dies für die Schuldübernahme andeutet; Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, 96 ff. will Unentgeltlichkeit bejahen, wenn einer Forderung wegen ihrer völligen und dauernden Aussichtslosigkeit überhaupt nicht mehr als Forderung betrachtet werden kann; auf die Schwierigkeiten bei der Beurteilung der Bonität einer Forderung hat aber schon Reichel, 199, hingewiesen. Die Rechtsprechung anerkennt die prinzipiellen Möglichkeit einer Schenkung, läßt aber offen, wann die Voraussetzungen vorliegen, RGZ 90, 177 ff. (181); BGB BB 1956, 447.

21 BGH NJW 1968, 985 ff. (987); BGH WM 1983, 499 (500); OLG Düsseldorf WM 1984, 82 (85).

22 Esser, Grundsatz und Norm, 359.

23 Zum Begriff vgl. Medicus JUS 1971, 497 ff.(500).

24 Salmond On Jurisprudence, 446 ff.

25 BGHZ 74, 244 (246).

26 Vgl. v. Westphalen WM 1984,1589 ff. mit umfassendem Rechtsprechungsnachweis; Lord Denning in Standard Chartered Bank v. Walker [1982] 3 All E.R. 938 ff. (943c).

27 Westermann, Die causa im französischen und deutschen Zivilrecht, 123 ff.

28 Der Kaufmann haftet grundsätzlich als selbstschuldnerischer Bürge, § 350 HGB. Aber auch außerhalb des kaufmännischen Bereichs ist die selbstschuldnerische Bürgschaft weit verbreitet. So enthalten formularmäßige Bürgschaften gegenüber Kreditinstituten grundsätzlich einen Verzicht auf die Einrede der Vorausklage, vgl. Staudinger-Horn, § 773 Rdnr. 2.

29 Staudinger-Horn, § 775 Rdnr. 6.

30 BGH WM 1960, 51.

31 Staudinger-Horn, § 776 Rdnr. 9.

32 BGH WM 1966, 756.

33 RGRK-Mormann § 777 Rdnr. 3.

34 Hadding/Häuser/Welter, Bürgschaft und Garantie, 648/649.

35. BGH WM 1960, 373 (374).

36 Rowlatt, 140.

37 BGH WM 1976, 1056 (1060).

38 Vgl. oben Teil B, 90 f.

39 Larenz, Schuldrecht Besonderer Teil, 459; Mü-Ko-Pecher § 774 Rdnr.13.

40 Z.B. RGRK-Mormann § 774 Rdnr. 5; Staudinger-Horn § 774 Rdnr. 4; BGH WM 1970, 751; BGHZ 86, 267 (272).

41 Die andere Auffassung geht wohl von dem eingliedrigen Streitgegenstandsbegriff aus, der sich allein am Antrag orientiert und den zugrundeliegenden Lebenssachverhalt außer Acht läßt.

42 Girtanner, 325.

43 Mot. II, 658.

44 S. schon Stammler AcP 69 (1886), 1 ff. (5,77).

45 RGRK-Mormann Vor § 765 Rdnr. 5; Mü-Ko-Pecher Vor § 765 Rdnr. 3.

46 Stammler a.a. O. 1,3,5.

47 Unger JherJb 33 (1894), 299 ff.

48 OLG Hamburg in JW 1934, 1924 ff. mit zustimmender Anmerkung von Oertmann; OLG Frankfurt BB 1975, 985 f. mit zustimmender Anmerkung von Marwede, a.a.O. Fn.12.

49 BGH WM 1956, 1293 (1294); BGH WM 1964, 61 (62).

50 BGH ZIP 1981, 507 (508).

51 Esser/Weyers Schuldrecht Bd. II, 312.

52 Vgl. Hadding/Häuser/Welter, a.a.O. 702, mit umfassenden Nachweisen.

53 Teilweise wird die Ansicht vertreten, § 774 BGB bei der Garantie analog anzuwenden, v. Caemmerer FS für Otto Riese, 295 ff. (603).

54 Stammler a.a. O. 36/37; Hadding/Häuser/Welter, a.a. O. 705, 710.

55 BGH WM 1967, 341, 342; Lakeman v. Mountstephen (1874) L.R. 7 H.L.17 ff.

56 RGZ 90, 415 (417); Harburg India Rubber Co. v. Martin [1902] 1 K.B. 788 ff.

57 BGH WM 1955, 265 (266); BGH WM 1975, 346 (349).

58 Ganz h.M. s. Staudinger-Horn Vorbem zu § § 765-778 Rdnr. 100; Soergel-Mühl Vor § 765 Rdnr. 51; RGZ 64, 318 (320).

59 Reichel, 211 Fn. 1, 213, der § 766 BGB insgesamt für verfehlt hält.

60 BGH WM 1968, 1200.

61 Esser/Weyers, Schuldrecht Bd.II, 312.

62 OLG Celle JZ 1956, 490.

63 So der BGH in ständiger Rechtsprechung, zuletzt NJW 1981, 47.

64 Nörr/Scheying, 411.

65 Soergel-Mühl, Vor § 765 Rdnr. 52.

66 BGH WM 1968, 1200 (1201); Staudinger-Horn Vorbem zu §§ 765-778 Rdnr. 101.

67 JW 1908, 676 f.

68 S.o. 24 f.

69 HansRGZ 1934 B 293 ff.

70 S.o. 29.

71 BGH WM 1976, 1109, 1110.

72 Zweigert RabelsZ 23 (1958), 643 (647).

73 Gierke, Schuld und Haftung, 1/2.

74 Gierke, Schuld und Haftung, 7,11.

75 Gierke, FS für Ferdinand von Martitz 33 ff. (39/40).

76 Vgl. Mü-Ko-Möschel, § 418 Rdnr. 8, unter Berufung auf RG HRR 1933 Nr. 1742; das RG orientiert sich ausschließlich am Wortlaut der Bestimmung. A.A. mit Recht Esser/Weyers, Schuldrecht Bd. I, 616, wenn auch ohne Begründung.

77 Jakobs/Schubert, Recht der Schuldverhältnisse I, 877/878.

78 Mot. II, 143.

79 Ständige Rechtsprechung, vgl. BGHZ 73, 391 ff. (393); unbestrittene Meinung im Schrifttum, Mü-Ko-Martiny Vor Art. 12 Rdnr. 6 m.w.N.

80 BR-Drucksache 222/83.

81 ABl. EG 1980. L 266.

82 Zur berechtigten Kritik an diesem Verfahren v. Hoffmann IPrax. 1984, 10 ff.

83 So Soergel-Kegel Vor Art. 7 Rdnr. 332.

84 BGH NJW 1961, 1061 (1062).

85 Mü-Ko-Martiny Vor Art. 12 Rdnr. 13.

86 Soergel-Kegel, Vor Art. 7 Rdnr. 344 mit umfassenden Nachweisen.

87 Reithmann-Martiny, Rdnr. 18.

88 Neuhaus, 262/263.

89 RIW 1982, 589 (590).

90 Soergel-Kegel, Vor Art. 7 Rdnr. 352; für eine objektive Anknüpfung setzt sich auch Mü-Ko-Martiny Vor Art. 12 Rdnr. 33 ein.

91 Der BGH stützt seine Entscheidungen gelegentlich zwanglos auf den einen oder anderen Gesichtspunkt, z.B. BGHZ 55, 334 (339).

92 Mü-Ko-Martiny Vor Art. 12 Rdnr. 59.

93 Soergel-Kegel, Vor Art. 7 Rdnr. 375; Erman-Arndt Vor Art. 12 EGBGB Rdnr. 5.

94 Dieser entscheidende Aspekt des Näheverhältnisses klingt an bei BGH NJW 1976, 1581 (1582).

95 Savigny Bd. VIII, 249, für den Fall, daß der Vertrag bei einer Anknüpfung am örtlichen Recht ungültig wäre.

96 S.o. ,117 f.

97 Bei der ausdrücklichen oder stillschweigenden Rechtswahl stellt sich dieses Problem nicht, zu Recht allgemeine Ansicht, für alle,Reithmann-Martiny Rdnr. 19.

98 BGH NJW 1958, 750 ff. (751).

99 WM 1971, 168 ff. (171).

100 Soergel-Kegel Vor Art.7 Rdnr. 388.

101 Mü-Ko-Martiny Vor Art. 12 Rdnr. 84; Palandt-Heldrich EGBGB 11 Anm. 2 c); RGRK-Wengler § 19 i, 537.

102 S.o. 108 ff.

103 Stein-Jonas-Leipold § 293 Rdnr. 31.

104 Hierin kann aber eine nachträgliche stillschweigende Einigung über das anwendbare Recht gesehen werden.

105 BGH NJW 1982, 1215 (1216).

106 JR 1983, 221 ff. (224).

107 Vgl. BGH LM Nr.42 Bl. 3 zu Art. 7 EGBGB (Deutsches Internationales Privatrecht).

108 Vgl. z.B. BGH NJW 1984 ,2763 (2764).

109 Nur Mann 93 (1977),L.Q.R. 367 ff. (369).

110 A.A. Gutzwiller RabelsZ 6 (1932), 74 ff. (98/99).

111 Rilling, 7,10.

112 RGZ 9,. 185 (187).

113 RGZ 54, 311 (315); RGZ 137, 1 (11).

114 BGH NJW 1977, 1011/1012.

115 Soergel-Kegel Vor Art. 7 Rdnr. 27; Reithmann-Martiny Rdnr. 398.

116 OLG Oldenburg IPRspr. 1975 Nr.15, wo ausschlaggebend war, daß für die Hauptschuld niederländisches Recht galt und die Bürgschaftserklärung im Zusammenhang mit der Übernahme einer niederländischen Gesellschaft erklärt wurde.

117 Mü-Ko-Martiny Vor Art. 12 Rdnr. 259; zur Begründung vgl. oben 123 f.

118 Vgl. Soergel-Kegel Vor Art. 7 Rdnr. 321.

119 Firsching IPrax 1981, 37 ff. (42).

120 RGZ 54, 311 (316).

121 Frankenstein, 266.

122 Letzgus RabelsZ 3 (1929), 839 (852).

123 Rilling 24/25.

124 Vgl. mit umfassenden Nachweisen Soergel-Kegel Vor Art. 7 Rdnr.448, Fn. 2; Meyer, Der Regreß im Internationalen Privatrecht, 51 ff.

125 Letzgus RabelsZ 3 (1929), 837 (853).

126 Mü-Ko-Martiny Vor Art. 12 Rdnr. 262; Staudinger-Firsching Vor Art. 12 Rdnr. 581.

127 Reithmann-Martiny Rdnr. 5

128 IPRspr. 1982 Nr. 17.

129 Staudinger-Firsching Vor Art. 12 Rdnr. 581.

130 Mü-Ko-Martiny Vor Art. 12 Rdnr 139; Kegel,326; Reuter, 14 f.

131 Reithmann-Martiny Rdnr. 189; Kegel, 326.

132 Reithmann-Martiny Rdnr. 187 f.; Letzgus RabelsZ 3 (1929), 837 (841).

133 Soergel-Kegel Vor Art. 7 Rdnr. 455; Staudinger-Firsching Vor Art.12 Rdnr. 599; Zweigert RabelsZ 23 (1958), 643 (654).

134 Vgl. die Übersicht bei Reuter 4 ff.

LEBENSLAUF

Am 5. Januar 1957 wurde ich als Sohn des Stefan Klötzel, Bankangestellter, und der Ruth Klötzel geborene Köhler in Igersheim, Main-Tauber-Kreis, geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Nach der Grundschule in Stuttgart-Rohr absolvierte ich am 27. Mai 1975 das Abitur am Hegel-Gymnasium in Stuttgart-Vaihingen. Daran anschließend leistete ich meinen 15-monatigen Grundwehrdienst.

Im Wintersemester 1976/77 nahm ich das Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Tübingen auf. Nach einem einjährigen Studienaufenthalt in Genf bestand ich am 25. November 1982 die Erste juristische Staatsprüfung.

Am 1. März 1983 begann ich meinen Referendardienst beim Landgericht Stuttgart, den ich ein halbes Jahr unterbrach, um an meiner Dissertation zu arbeiten.

Am 20. Juni 1986 bestand ich die Zweite juristische Staatsprüfung. Seit 22. August 1986 bin ich als Rechtsanwalt am Landgericht Stuttgart zugelassen.

Im Dezember 1979 haben Fräulein Ina Joos aus Korntal und ich die Ehe geschlossen. Unser Sohn, Christian Alexander, wurde im darauffolgenden Jahr geboren.